

HARTMUT FICKEL

**Scheingeschäft
und verdecktes Geschäft
im deutschen,
französischen
und italienischen Recht**

1966

SCHEINGESCHÄFT UND VERDECKTES GESCHÄFT
IM
DEUTSCHEN, FRANZÖSISCHEN UND ITALIENISCHEN RECHT

Inauguraldissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts-
und Staatswissenschaftliche Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität
Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

HARTMUT FICKEL

Referendar in Bad Godesberg

1966



Dekan: Professor Dr. Horst Ehmke
Erstberichterstatter: Professor Dr. Hans Stoll

Gedruckt mit Unterstützung der
Wissenschaftlichen Gesellschaft, Freiburg i. Br.

Meinen Eltern!



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543127_0010

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Schrifttum	XI
Abkürzungen	XV
EINLEITUNG : Die typischen Fälle der Simulation	1
1. Teil: DEUTSCHES RECHT	3
A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes	3
I. Die Definition des § 117 BGB	3
II. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Scheingeschäfts	3
1. Die Willentheorie	3
2. Die Erklärungstheorie	4
3. Die Auffassung v. Tuhrs	5
4. Die Willentheorie in § 117 Abs. 1 BGB	5
5. Kritik Henles an der Systematik des § 117 Abs. 1 BGB	6
III. Die rechtsgeschäftliche Struktur des verdeckten Geschäfts	6
1. Erklärung des wirklichen Willens mittels der Scheinerklärung	6
2. Die Auffassung von den zwei selbständigen Erklärungen	7
B. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale im einzelnen	8
I. Die Willenserklärung	8
II. Die Empfangsbedürftigkeit	9
III. Das Einverständnis des Erklärungsempfängers	9
IV. Die Absicht, einen falschen Schein hervorzurufen	9
C. Die Wirkungen der Simulation unter den Parteien	10
I. Nichtigkeit des Scheingeschäfts	10
1. Die Nichtigkeit	10
2. Die Auffassung Manigks	10
3. Die Beweislast	11
4. Die Ausnahmen von der Nichtigkeit	11
II. Wirksamkeit des verdeckten Geschäfts	14
1. § 117 Abs. 2 BGB	14
2. Schwierigkeiten bei formbedürftigen Geschäften. — Widersprüche in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	14
D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten	18
I. Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts wirkt zugunsten Dritter	18
II. Die Nichtigkeit wirkt grundsätzlich auch zu Lasten Dritter	18

	Seite
1. Die Schutzbedürftigkeit gutgläubiger Dritter	18
2. Die Regelung des gemeinen Rechts und die Regelung des BGB	19
3. Lücken der gesetzlichen Regelung	20
4. Die Ansicht Flumes	23
E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des verdeckten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften	25
I. Das fiduziarische Geschäft oder Treuhandgeschäft	25
1. Die charakteristischen Fälle	25
2. Die Betrachtungsweise der herrschenden Meinung	25
3. Die abweichende Meinung von Fuchs	26
II. Die „venditio nummo uno“	27
III. Die mittelbare Stellvertretung	27
IV. Der Strohmann	28
1. Die verschiedenen Arten von Strohmanngeschäften	28
2. Rechtliche Bewertung	29
3. Veräußerungen an den Strohmann	30
V. Die Gesetzesumgehung	30
1. Die herrschende Meinung	30
2. Die Auffassung, daß die Gesetzesumgehung ein Fall der Simulation sei	31
2. Teil: FRANZÖSISCHES RECHT	33
A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes	33
I. Die herrschende Meinung: die Lehre vom geheimen Gegenvertrag (contre-lettre)	33
II. Die Theorie von der wahrheitswidrigen Beurkundung der rechtsgeschäftlichen Situation	34
III. Widersprüchliche Definitionen	35
IV. Die causa-Theorie	36
B. Die Begriffsmerkmale im einzelnen	36
I. Vertrag und Gegenvertrag	36
II. Die Aufhebung bzw. Abänderung des offenen Vertrages	36
III. Die Gleichzeitigkeit von Vertrag und Gegenvertrag	37
IV. Die Geheimhaltung des Gegenvertrages	37
C. Die Wirkungen der Simulation unter den Parteien	38
I. Wirkungslosigkeit des offenen Vertrages	38
1. Die rechtsgeschäftliche Bewertung	38
2. Der Grundsatz „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“	38
3. Die Wirkungslosigkeit nach geltendem Recht	38
4. Ausnahmen von der Wirkungslosigkeit des offenen Vertrages	39

	Seite
5. Beweislast und „action en déclaration de simulation“	41
6. Beweisbeschränkungen	42
II. Wirksamkeit des wirklich gewollten (des dissimulierten) Ver- trages	43
1. „La simulation n'est pas une cause de nullité“	43
2. Abweichende Meinungen	44
3. Ausnahmen	44
4. Die Dissimulation der formbedürftigen Schenkung	45
5. Beweisbeschränkungen	46
D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten	46
I. Dritte können sich auf die wahre Rechtslage berufen. — „Action en déclaration de simulation“. — Keine Beweisbeschränkungen	46
II. Dritte können die Parteien an dem von ihnen geschaffenen Schein festhalten	47
1. Die Grundlagen des Art. 1321 C. c.	47
2. Der rechtsgeschäftliche Erwerb vom Scheinberechtigten . .	48
3. Die Gläubiger des Scheinberechtigten	49
4. Interessenkonflikte zwischen mehreren Dritten	50
E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des dissimulierten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften	57
I. Die Frage fiduziarischer Rechtsgeschäfte	57
1. „Fiducie“	57
2. „Prête-nom“ im ursprünglichen Sinne	57
3. „Gage déguisé“	59
II. Die gemischte Schenkung	61
III. Der „prête-nom“ (Strohmann, mittelbarer Stellvertreter) . . .	61
1. Die gewandelte Bedeutung des Wortes „prête-nom“ . . .	61
2. Die Betrachtung der mittelbaren Stellvertretung als Spezial- fall der Simulation	62
3. Die Wirkungen des vom prête-nom geschlossenen Geschäfts	63
4. Die abweichende Meinung von Lerebours-Pigeonnière . . .	65
5. „Interposition de personnes“ als echter Fall der Simulation	65
IV. Die Gesetzesumgehung (la fraude à la loi)	66
3. Teil: ITALIENISCHES RECHT	69
A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tat- bestandes	69
I. Die gesetzliche Regelung	69
II. Die Willenstheorie	69
1. Das Scheingeschäft	69
2. Das dissimulierte Geschäft	70
3. Die Zustimmung der herrschenden Rechtsprechung und Lehre	70
III. Die Erklärungstheorie	71
IV. Autoren, welche eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung bestreiten	71

V. Schwierigkeiten bei Formbedürftigkeit des dissimulierten Geschäfts. Die Auffassung Distasos	71
VI. Die Theorien vom Fehlen oder von der Mangelhaftigkeit der causa	73
1. Die Voraussetzungen	73
2. Canelutti	73
3. Betti	74
4. Pugliatti	74
5. Romano	75
6. Eine Entscheidung des Kassationshofes	76
B. Die Begriffsmerkmale im einzelnen nach der herrschenden willentheoretischen Auffassung	76
I. Die vom wirklichen Willen abweichende Erklärung	76
II. Das Bewußtsein von der Divergenz zwischen Wille und Erklärung	77
III. Das Einverständnis der Parteien	77
IV. Die Absicht, Dritte zu täuschen	77
V. Die Frage der sog. consumazione dell'inganno	78
C. Die Wirkungen der Simulation unter den Parteien	78
I. Nichtigkeit des Scheingeschäfts	78
1. Die Nichtigkeit	78
2. Ausnahmen von der Nichtigkeit	79
3. Beweislast und „azione di simulazione“	80
4. Beweisbeschränkungen	80
II. Wirksamkeit des dissimulierten Geschäfts	81
D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten	82
I. Dritte können sich auf die wahre Rechtslage berufen	82
II. Bestimmten gutgläubigen Dritten kann die Simulation nicht entgegengehalten werden	82
1. Die Rechtslage unter dem Codice civile von 1865	83
2. Die Regelung der Artt. 1415, 1416 des neuen Codice civile	84
E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des dissimulierten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften	86
I. Das fiduziarische Rechtsgeschäft	86
1. Die herrschende Meinung	86
2. Die Möglichkeit fiduziarischer Rechtsgeschäfte im italienischen Recht	87
3. Die Auffassung, das fiduziarische Geschäft sei ein Scheingeschäft	88
4. Die Auffassung Bettis	88
5. Die Abwicklung des sog. Sicherungsverkaufs	89
II. Die gemischte Schenkung (negotium mixtum cum donatione)	89

	Seite
III. Die mittelbare Stellvertretung und das Handeln durch Zwischenpersonen	90
1. Die mittelbare Stellvertretung (rappresentanza indiretta)	90
2. Das Handeln durch Zwischenpersonen (interposizione di persone)	90
IV. Die Gesetzesumgehung (frode alla legge)	91
 4. Teil: RECHTSVERGLEICHENDE STELLUNGNAHME ZU EINIGEN BEDEUTSAMEN FRAGEN	 93
A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Simulationstatbestandes	93
I. Die absolute Simulation (das „leere“ Scheingeschäft)	93
II. Die relative Simulation (das dissimulierte Rechtsgeschäft)	94
1. Die Scheinerklärung setzt das geplante Rechtsgeschäft in Geltung	94
2. Die Dissimulation formbedürftiger Geschäfte	97
3. Die Frage der Divergenz zwischen Wille und Erklärung	97
III. Abweichende französische und italienische Theorien	98
B. Der Schutz gutgläubiger Dritter	98
I. Die unterschiedlichen Regelungen	98
II. Der rechtsgeschäftliche Erwerber	99
1. Schutzwürdigkeit des entgeltlichen Erwerbers	99
2. Die Konzeption Flumes	100
3. Der Begriff der Gutgläubigkeit	100
III. Die Gläubiger des Scheinerwerbers	101
IV. Konflikt zwischen mehreren Dritten	103
C. Das Problem der Abgrenzung vom fiduziari- schen Rechtsgeschäft	104

SCHRIFTTUM¹⁾²⁾

- Aubry et Rau**, Droit civil français, 6. Aufl., bearb. von Esmein. 6. Bd., Paris 1951; 11. Bd., Paris 1956; 12. Bd., Paris 1958;
zitiert: Aubry et Rau(-Esmein)
- Baer**, Scheingeschäfte. Für die Rechtspraxis dargestellt. Berlin 1931
- Bartin**, Théorie des contre-lettres en droit français. Thèse, Paris 1885, S. 81–262.
- Bernhard**, Haftung aus Verträgen des Strohmannes, JW 1938, 2529
- Betti**, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts. Festschrift für Koschaker. Bd. 1, Weimar 1939;
zitiert: Betti, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht
Teoria generale del negozio giuridico. 2. Neudruck der 2. Aufl., Turin 1955 (Trattato di diritto civile italiano, herausgegeben von Vassalli, Bd. XV, 2);
zitiert: Betti, Teoria generale
- Beudant**, Anmerkung zu Req. 11. 3. 1890, D. P. 1893, 1, 369
- Boisselot**, De la notion de simulation. Thèse, Paris 1926
- Bredin**, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, Rev.trim. 1956, S. 261
- Bürgerliches Gesetzbuch**, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern. Bd. 1, 2. Teil, bearb. von Fischer u. a., 11. Aufl., Berlin 1960;
zitiert: BGB-RGRK
- Carbonnier**, Droit civil. Bd. 1, 4. Aufl., Paris 1962; Bd. 2, 3. Aufl., Paris 1962
- Carnelutti**, Sistema del diritto processuale civile. Bd. 2, Padua 1938
- Cazal**, Etude théorique et pratique sur les actes simulés. Thèse, Montpellier, 1897
- Colin-Capitant**, Traité de droit civil. 2. Neufassung von Julliot de la Morandière. Bd. 2, Paris 1959;
zitiert: Colin-Capitant-Julliot de la Morandière
- Coste**, Du prête-nom. Thèse, Paris 1891

1) Einmalig zitierte Schriften sind in diesem Verzeichnis nur dann enthalten, wenn sie für die Arbeit von besonderer Bedeutung sind.

Zur Zitierweise: Die häufiger benutzten Werke werden, soweit nichts anderes angegeben ist, nur mit dem Namen ihrer Verfasser zitiert. Dabei werden allerdings Monographien und Aufsätze bei ihrer ersten Erwähnung mit vollem Titel wiedergegeben.

2) Die vor kurzem in der Reihe „Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht“ erschienene Arbeit von Kallimopoulos „Die Simulation im bürgerlichen Recht“ (Karlsruhe 1966) konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

- Dalloz, Répertoire de droit civil, herausgegeben von Vergé und Ripert.
Bd. 2, Paris 1952; Bd. 5, Paris 1955; Mise à jour 1961;
zitiert: Dalloz Rép. dr. civ.
- David, De l'action en déclaration de simulation. Etude de doctrine et de jurisprudence. Thèse, Poitiers 1921
- Demogue, Traité des obligations en général. I. Sources des obligations.
Bd. 1, Paris 1923
- Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens.
Bd. 1: Allgemeine Lehren, 2. Aufl., Halle 1902
- Desbleumortiers, La simulation par l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personnes. Thèse, Paris 1916
- Distaso, La simulazione dei negozi giuridici. Turin 1960
- Enneccerus-Nipperdey, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Bd. 1: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbbd., 15. Aufl.,
Tübingen 1960
- Esmein, Anmerkung zu Req. 20. 10. 1926, Sir. 1927, 1, 73
- Ferrara, Della simulazione dei negozi giuridici. 5. Aufl., Rom 1922
- Flume, Das Rechtsgeschäft. Berlin, Heidelberg, New York 1965 (Enzyklopädie der Rechts- u. Staatswissenschaft. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. 2)
- Fourcade, De la simulation en droit civil et en droit fiscal. Thèse, Nancy 1887
- Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte. AcP 115, S. 84
Scheinhandel. Juristische Untersuchungen über Scheinmanöver aller Art und die Prinzipienfragen der Scheingeschäftslehre. Göttingen 1918
Umgehung des Gesetzes (Fraus legi facta). Eine kritische Studie. Göttingen 1917
- Grasseti, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, Riv. dir. comm. 1936, I, S. 345
- Henle, Vorstellungs- und Willentheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung. Leipzig 1910
- Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé. Paris 1928
- Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, Jher. Jahrb. 16, 91
Über den Willen im Privatrecht, Jher. Jahrb. 28, 166
- Krauss, Die Lehre vom Scheingeschäft. Rechtsvergleichende Darstellung des gemeinen, deutschen, österreichischen, schweizerischen und französischen Zivilrechts. Diss. Gießen 1930
- Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Leipzig 1930
- Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 14. Aufl., Berlin 1963
- Lerebours-Pigeonnière, Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre. Thèse, Caen 1898
- Manigk, Das rechtswirksame Verhalten. Berlin 1939
- De Martini, Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato, Giur. compl. 1946, II 1, 705

- Marty-Raynaud**, Droit civil. Bd. 2, 1. Halbband, Les obligations. Paris 1962
- Henri et Léon Mazeaud** (und) **Jean Mazeaud**, Leçons de droit civil. Bd. 1 bis 4, Paris 1956 bis 1963
- Messineo**, Dottrina generale del contratto. 3. Aufl., Mailand 1952;
zitiert: Messineo, Dottrina generale
Manuale di diritto civile e commerciale. Bd. 1, 9. Aufl., Mailand 1957; Bd. 2, 1. Teil, 8. Aufl., Mailand 1952
- Mirabelli**, Dei contratti in generale. Turin 1958
Dei singoli contratti. Turin 1962
(Commentario del codice civile, Buch IV, Bd. 2 und 3)
- Motive** zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Bd. 1: Allgemeiner Teil. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin und Leipzig 1888;
zitiert: Motive
- Oertmann**, Bürgerliches Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 3. Aufl., Berlin 1927;
zitiert: Oertmann
Scheingeschäft und Kollusion. Recht 1923, S. 74
- Palandt**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, bearb. von Danckelmann u. a., 23. Aufl., München und Berlin 1964;
zitiert: Palandt-(Bearbeiter)
- Planiol-Ripert**, Traité pratique de droit civil français, 2. Aufl.;
Bd. 5, bearb. von Trasbot und Loussouarn, Paris 1957;
zitiert: Planiol-Ripert(-Trasbot-Loussouarn).
Bd. 6, bearb. von Esmein, Paris 1952;
zitiert: Planiol-Ripert(-Esmein).
Bd. 11, bearb. von Rouast, Savatier, Lépargneur und Besson, Paris 1954;
zitiert: Planiol-Ripert(-Rouast u. a.).
Bd. 12, bearb. von Becqué, Paris 1953;
zitiert: Planiol-Ripert(-Becqué)
- Protokolle** der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, bearb. von Achilles, Gebhard, Spahn. Bd. 1, Berlin 1897;
zitiert: Protokolle
- Pugliese**, La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano. Padua 1938
- Rieg**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Paris 1961
- Ripert-Boulanger**, Traité de droit civil (d'après le traité de Planiol). Bd. 1 bis 4, Paris 1956 bis 1959
- Romano**, Contributo esegetico allo studio della simulazione, Riv. trim. 1954, S. 15
- Rousseau**, Essai sur la notion de simulation. Contribution à l'étude des actes indirects. Thèse, Paris 1937
- Savigny**, System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 1 und 3, Berlin 1840
- Schmidt-Rimpler**, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts. AcP 147, S. 130

- Segrè, In materia di simulazione nei negozi giuridici. Scritti giuridici. Bd. 1, Cortona 1930, S. 422
- Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Bd. 2, Die einfache Sicherungsübertragung – Erster Teil, Heidelberg 1965
- Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem. 2. Aufl., Marburg 1933
- Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Bd. 1: Allgemeiner Teil. 11. Aufl., bearb. von Brändl und Coing. Berlin 1957;
zitiert: Staudinger-Coing.
10. Aufl., bearb. von Riezler. München, Berlin und Leipzig 1936;
zitiert: Staudinger-Riezler
- Stier-Somlo und Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft. Bd. 6, Berlin und Leipzig 1929
- Stolfi, Teoria del negozio giuridico. Padua 1961
- Stübing, Simulation und Dissimulation. Rechtsvergleichende Untersuchungen. Diss. Bonn 1930
- von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914
- Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français. Le principe „*faus omnia corrumpit*“. Paris 1957
- Vogel, Mentalreservation und Simulation nach Bürgerlichem Gesetzbuch (§§ 116, 117) unter Hinweis auf das Gemeine Recht. Diss. Erlangen; Hagen 1899
- Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1, 9. Aufl., bearb. von Theodor Kipp. Frankfurt 1906 (Neudruck Aalen 1963)
- Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, Jher. Jahrb. 16, 357

ABKÜRZUNGEN

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cass. civ.	Corte di cassazione, sezione civile
C. c.	Code civil (Frankreich)
C. c. it.	Codice civile (Italien)
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
D.	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation (ab 1945)
Dalloz Rép. dr. civ.	Dalloz, Répertoire de droit civil
D. H.	Dalloz, Recueil hebdomadaire de jurisprudence (bis 1940)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
D. P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (bis 1940)
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Giur. compl.	Giurisprudenza completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni civili
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
J. C. P.	Juris-Classeur périodique: La Semaine Juridique
Jher. Jahrb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts; ab 1897 (Bd. 37): Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Journ. off.	Journal officiel de la République française
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

OLG	1) Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)
	2) Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann
RAG	Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts
Recht	Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale
Riv. trim.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
Sir.	Recueil Sirey
StGB	Strafgesetzbuch
Warn. Rspr.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG :

Die typischen Fälle der Simulation

Sowohl im deutschen als auch im französischen und italienischen Recht kennt man den Ausdruck „Simulation“ sowie die Bezeichnung „simuliertes“ bzw. „dissimuliertes Rechtsgeschäft“. In allen drei Rechtsordnungen versteht man darunter im wesentlichen denselben Lebens-tatbestand. Dieser läßt sich am besten durch einige charakteristische Fälle beschreiben.

Ein in Bedrängnis geratener Schuldner möchte zum Beispiel ein wertvolles Gemälde dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen. Zu diesem Zweck will er ihnen vortäuschen, er habe das Bild veräußert. Er setzt gemeinsam mit einem Freund eine Urkunde auf, in der beide übereinstimmend erklären, daß das Eigentum an dem Bild auf den Freund übergehen solle. Entgegen ihrer schriftlichen Erklärung sind sie sich aber einig, daß in Wirklichkeit überhaupt keine Übereignung stattfindet. Das Bild soll weiterhin dem bisherigen Eigentümer gehören, an der bisherigen Rechtslage soll sich in Wahrheit nichts ändern.

Ein anderes Mal beabsichtigen die Parteien zwar eine Änderung der bestehenden Rechtslage, zugleich aber wollen sie die Umwelt oder einen bestimmten Dritten über die Natur der Rechtsänderung täuschen. Der S möchte zum Beispiel dem B ein Grundstück schenken. Da durch diese Schenkung aber die gesetzlichen Erben des S in ihrem Pflichtteilsanspruch beeinträchtigt werden, ist zu befürchten, daß sie nach dem Tode des S das verschenkte Grundstück von B herausverlangen werden (§ 2329 BGB). Deshalb erklären S und B in einer Urkunde, daß S das Grundstück an B verkaufe, und S quittiert den Empfang des Kaufpreises. In Wirklichkeit jedoch hat B keinen Pfennig bezahlt, und die Parteien sind sich einig, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Über den wahren Inhalt eines Rechtsgeschäfts wird auch getäuscht, wenn in einem Grundstückskaufvertrag die Parteien den Kaufpreis niedriger angeben, als sie ihn in Wirklichkeit vereinbart haben, und auf diese Weise Steuern sparen wollen. Zuweilen geben die Parteien auch einen höheren Kaufpreis an, als tatsächlich vereinbart, um etwa einen Vorkaufsberechtigten von der Ausübung seines Vorkaufsrechtes abzuschrecken.

Schließlich kann eine Vertragsurkunde auch über die wahren Parteien eines Rechtsgeschäfts täuschen. Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel: V will einen Gegenstand an B veräußern. B fürchtet aber den

Zugriff seiner Gläubiger auf den Neuerwerb und läßt daher den Dritten D als Erwerber auftreten. In einer Urkunde wird erklärt, daß V an D übereigne, während in Wahrheit V, B und D darüber einig sind, daß die Übereignung unmittelbar zwischen V und B stattfinden soll.

Allen geschilderten Fällen ist gemeinsam, daß zwei Personen erklären, einen Vertrag zu schließen, sich aber gleichzeitig einig sind, in Wirklichkeit keine oder eine andere Rechtswirkung zu wollen.

Die vorliegende Arbeit berichtet nacheinander über die Behandlung des Simulationstatbestandes im deutschen, französischen und italienischen Recht. Sie konzentriert sich dabei auf dreierlei: auf die Versuche, den Tatbestand in die rechtsgeschäftliche Systematik einzuordnen, auf die Wirkungen der Simulation unter den Parteien und gegenüber Dritten sowie auf die Abgrenzung des simulierten und dissimulierten Geschäfts von ähnlichen Rechtsgeschäften.

Auf die Darstellung der einzelnen Rechtsordnungen folgt eine rechtsvergleichende Stellungnahme zu einigen der bedeutsameren Fragen.

I. TEIL:

DEUTSCHES RECHT

A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes

I. § 117 BGB beschreibt den soeben durch Beispielsfälle umrissenen Tatbestand, indem er an die jeweilige Erklärung jedes einzelnen Simulanten anknüpft. Diese Erklärung definiert § 117 Abs. 1 BGB als eine Willenserklärung, die im Einverständnis mit dem Erklärungsempfänger nur zum Schein abgegeben wird.

Waren die Parteien sich einig, eine Rechtsänderung herbeizuführen – wenn auch eine andere als die in der Urkunde angegebene –, so sieht das Gesetz darin ein „Rechtsgeschäft, das durch das Scheingeschäft verdeckt wird“.

Die gesetzliche Definition enthält allerdings noch keine nähere Aussage über die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes, d. h. über das Wesen und die Wirkungsweise derjenigen Tatbestandselemente, die für die Rechtswirkungen des „Scheingeschäfts“ und des „verdeckten Geschäfts“ von entscheidender Bedeutung sind.

II. Die größtenteils schon im gemeinen Recht entwickelten Auffassungen über die Natur des Scheingeschäfts (des simulierten Rechtsgeschäfts) weichen nicht unerheblich voneinander ab und spiegeln den Gegensatz zwischen Willenstheorie und Erklärungstheorie wider.

1. Nach der sog. Willenstheorie gehört zu jeder gültigen Willenserklärung „der Wille des Handelnden, der auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist“¹⁾. Ferner ist die „Erklärung des Willens und die Übereinstimmung des Willens mit der Erklärung“ erforderlich²⁾. „Es wird der Wille erklärt, daß eine rechtliche Wirkung eintreten solle, und die Rechtsordnung läßt diese rechtliche Wirkung deswegen eintreten, weil sie von dem Urheber des Rechtsgeschäfts gewollt ist“³⁾.

Wenn nun eine Erklärung, daß eine gewisse rechtliche Wirkung eintreten solle, nur zum Schein abgegeben wird, so bedeutet dies nach der Willenstheorie, daß das Eintreten der Rechtswirkung in Wahrheit nicht gewollt ist. Von den beiden unerläßlichen Elementen Wille und

1) und 2) Savigny, Bd. 3, § 114, S. 89.

3) Windscheid, Bd. 1, § 69, S. 310, 311.

Erklärung ist nur die Erklärung, nicht aber der Wille vorhanden. Es handelt sich um die „Erklärung eines nicht gewollten Willensinhaltes“ ¹⁾. Savigny spricht von einer „absichtlichen Erklärung ohne Willen“ ²⁾. Die vorhandene Absicht bezieht sich dabei nur auf die Erklärung, nicht auf die normalerweise damit erstrebte Rechtsfolge. Es liegt eine Erklärung vor, aber es fehlt der entsprechende Geschäftswille ³⁾.

Die „naturgemäße Übereinstimmung“ des Willens mit seinem äußerlich erkennbaren Zeichen, der Erklärung, ist beim Scheingeschäft gestört. Es besteht „ein Widerspruch zwischen dem Willen und der Erklärung“ ⁴⁾.

2. Nach der sog. Erklärungstheorie ist die Gültigkeit von Willenserklärungen nicht nach dem inneren Willen des Erklärenden zu beurteilen, sondern nach der äußeren Erscheinung des Willens, d. h. nach der Erklärung, wie sie vom Erklärungsempfänger verstanden wurde und den Umständen nach verstanden werden durfte ⁵⁾. Die Rechtsordnung führt eine dieser Erklärung entsprechende Wirkung herbei, einerlei ob diese Wirkung gewollt ist oder nicht ⁶⁾.

Die Erklärungstheorie beruht auf dem Gedanken, daß das Vertrauen des Geschäftspartners geschützt werden müsse ⁷⁾ und dem Erklärenden nicht zuviel zugemutet werde, wenn er an der in zurechenbarer Weise abgegebenen Erklärung festgehalten werde ⁸⁾.

Kohler begründet die Erklärungstheorie mit dem Hinweis, daß die Erklärung nicht nur Erkenntnisquelle des Willens sei, sondern Verkörperung und Objektivierung des Willens, daß der Wille gewissermaßen erst mit seiner Äußerung volle Wirklichkeit erlange ⁹⁾. Deshalb meint er im Hinblick auf die Mentalreservation, es sei „schlechterdings unmöglich, daß eine Willensaktion sich bewußtermaßen widerspreche, daß sie bewußtermaßen eine Erklärung ohne Willen zu Tage fördere“ ¹⁰⁾.

Es leuchtet ein, daß die Erklärungstheorie das Wesen des Scheingeschäfts nicht im Fehlen eines Geschäftswillens erblicken kann. Denn sie geht ja davon aus, daß ein nicht in der Erklärung zum Ausdruck gekommener Geschäftswille auf die Wirksamkeit einer Willenserklärung keinerlei Einfluß hat.

Nach der Erklärungstheorie enthält das Scheingeschäft eine für die Kenntnisnahme Dritter bestimmte Erklärung und eine dieser Erklärung

¹⁾ Windscheid, Bd. 1, § 75, S. 380; vgl. auch S. 376.

²⁾ Savigny, Bd. 3, § 134, S. 259.

³⁾ Lehmann, § 34 II.

⁴⁾ Savigny, Bd. 3, § 134, S. 258, 263.

⁵⁾ Bekker, (Besprechung zu Zitelmanns „Irrtum und Rechtsgeschäft“) Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1880, Bd. 22, S. 33 (55); Bähr, Über Irrungen im Contrahieren, Jher. Jahrb. 14, 393 (400, 401).

⁶⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 164 I 2.

⁷⁾ Bekker, a. a. O.

⁸⁾ Bähr, a. a. O.

⁹⁾ Kohler, Studien über Mentalreservation und Simulation, Jher. Jahrb. 16, 91 (93).

¹⁰⁾ Kohler, a. a. O., S. 94. Dagegen Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, Jher. Jahrb. 16, 357 (381).

widersprechende Gegenerklärung. Dabei handelt es sich aber nicht etwa um zwei sich gegenseitig aufhebende Rechtsgeschäfte. Vielmehr ergänzen sich die offene Erklärung (die Scheinerklärung) und die geheimgehaltene Gegenerklärung zu einem einzigen, einheitlichen Rechtsgeschäft. Innerhalb dieses Rechtsgeschäftes wird die offene Erklärung durch die Gegenerklärung neutralisiert. „Das Geschäft als Ganzes führt auf eine Nullwirkung“. Die Erklärung erzeugt wegen ihres sich selbst neutralisierenden Inhalts in der Regel keine Rechtsfolgen ¹⁾.

3. Eine besondere, der Erklärungstheorie nahestehende Konzeption des Scheingeschäfts findet sich bei v. Tuhr. Im Zusammenhang mit der Frage, ob ein simulierter Adoptionsvertrag nichtig sei, äußert v. Tuhr die Ansicht, die Abrede der Parteien, daß das Geschäft in Wahrheit keine Wirkung entfalten solle, sei ihrem Wesen nach nichts anderes als eine antizipierte Wiederaufhebung der Vertragswirkungen ²⁾. Daraus zieht v. Tuhr die Schlußfolgerung, daß eine zum Schein vorgenommene Adoption wirksam sein müsse. Denn da ein Adoptionsverhältnis nicht formlos aufgehoben werden könne, so müsse auch die formlose Simulationsabrede in diesem Falle wirkungslos und die Adoption infolgedessen gültig sein ³⁾.

Die Auffassung der Simulation als einer vorweggenommenen Wiederaufhebung der Vertragswirkungen vermag nur die Simulation eines Vertrages, nicht aber eines einseitigen Rechtsgeschäfts zu erklären.

4. Welcher dieser unterschiedlichen Auffassungen über die rechtsgeschäftliche Natur des Scheingeschäfts ist nun das BGB in seinem § 117 gefolgt?

Der Gesetzgeber hat es vermieden, bei der Behandlung der verschiedenen Willensmängel sich generell für die Willentheorie oder die Erklärungstheorie zu entscheiden. Während der 1. Entwurf noch vom Willensdogma ausging ⁴⁾, hat die 2. Kommission bewußt auf eine grundsätzliche Stellungnahme verzichtet und die einzelnen in Betracht kommenden Fälle getrennt ins Auge gefaßt ⁵⁾.

Was den § 117 BGB und das Scheingeschäft betrifft, so ist festzustellen, daß das Gesetz die Scheinerklärung, d. h. die für die Kenntnis Dritter bestimmte Erklärung, als Willenserklärung bezeichnet. Dies ist aber nur dann folgerichtig, wenn man auf dem Boden der Willentheorie steht, die in der Scheinerklärung eine Willenserklärung ohne Geschäftswillen erblickt. Denn für die Erklärungstheorie ist die Scheinerklärung ja nur der unselbständige Teil eines einheitlichen Rechtsgeschäfts, d. h.

1) Zum Ganzen: Kohler, Über den Willen Im Privatrecht, Jher. Jahrb. 28, 166 (169, 170) und a. a. O., Jher. Jahrb. 16, 91 (98, 100).

2) v. Tuhr, Bd. 2, 1. Hälfte, § 66, S. 564. — Dagegen Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 165 Fußnote 9.

3) v. Tuhr, a. a. O.

4) Motive, Bd. 1, S. 190.

5) Protokolle, Bd. 1, S. 94. Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 164 II 1; Lehmann § 24 IV 1 c.

einer umfassenden Willenserklärung, deren weiterer Bestandteil eine Gegenerklärung ist.

Hinzu kommt, daß in den Beratungen über den Entwurf des BGB die Nichtigkeit des Scheingeschäfts mit dem Willensdogma begründet wurde ¹⁾. Es darf also der Schluß gezogen werden, daß dem § 117 BGB die willentheoretische Auffassung zugrundeliegt. Das Scheingeschäft wird vom Gesetz demnach als Willenserklärung ohne Geschäftswillen angesehen, als ein Fall bewußter Divergenz zwischen Wille und Erklärung ²⁾.

5. Der Begriff des Scheingeschäfts, von dem § 117 Abs. 1 BGB ausgeht, sowie die systematische Stellung dieser Gesetzesbestimmung werden von Henle kritisiert, und zwar ganz unabhängig von dem Gegensatz zwischen Willens- und Erklärungstheorie. Ohne dem inneren Willen grundsätzlich jede Wirkung auf die Gültigkeit einer Willenserklärung abzusprechen, weist Henle darauf hin, daß die für die Kenntnis Dritter bestimmte Scheinerklärung nur ein Teil der gegenüber dem Erklärungsempfänger abgegebenen Erklärung sei ³⁾. Die Erklärung, die dem Geschäftspartner zugehe, ergebe gar nicht den Sinn einer juristischen Willenserklärung, es sei denn, daß man sie willkürlich zerreiße ⁴⁾.

Henle ist deshalb der Meinung, daß § 117 Abs. 1 BGB zu Unrecht die für die Kenntnisnahme Dritter bestimmte Erklärung als Willenserklärung bezeichne. Auch sei es systematisch verfehlt, wenn das Gesetz die Scheinerklärung im Zusammenhang mit den Willensmängeln behandle, denn die Wirkungslosigkeit des nur scheinbar Erklärten brauche nicht erst mit einem Willensmangel begründet zu werden ⁵⁾.

Auf denselben Überlegungen beruht der von anderer Seite erhobene Vorwurf, § 117 Abs. 1 BGB sei überflüssig ⁶⁾. Demgegenüber hebt aber Henle hervor, daß die Bestimmung immerhin eine Klarstellung bewirke. Denn sie räume den Zweifel aus, ob etwa zur Strafe für die Täuschung Dritter oder zum Schutze Dritter die Erklärung „Leben erhalten“, d. h. als wirksame Willenserklärung behandelt werden solle ⁷⁾.

III. Die bisher wiedergegebenen Theorien machen noch keine nähere Aussage über diejenigen Fälle, in denen die Parteien tatsächlich eine Rechtsänderung herbeiführen wollen, wenn auch eine andere, als es nach der Scheinerklärung den Anschein hat.

1. § 117 Abs. 2 BGB spricht hier von einem Rechtsgeschäft, dessen besonderes Merkmal es ist, „durch das Scheingeschäft verdeckt“ zu

¹⁾ Motive, Bd. 1, S. 192; Protokolle, Bd. 1, S. 97.

²⁾ Henle, Vorstellungs- und Willentheorie in der Lehre von der juristischen Willenserklärung, S. 473. Auch die h. L. scheint im Falle des Scheingeschäfts von der Willentheorie auszugehen, vgl. z. B. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 165 (Anfang); Lehmann, § 24 IV 1 c.

³⁾ Henle, S. 42, 473.

⁴⁾ Henle, a. a. O.

⁵⁾ Henle, S. 473; Stübing, Simulation und Dissimulation, S. 18.

⁶⁾ Bading, Scheinerklärungen, Gruchot, Bd. 58, S. 769 (774).

⁷⁾ Henle, S. 473.

sein. Was bedeutet nun aber dieser bildliche Ausdruck „verdecken“, der häufig durch Wörter wie „dissimulieren“, „verschleiern“, „verhüllen“, „umhüllen“, „maskieren“ oder auch „in eine andere Form kleiden“ ¹⁾ ersetzt wird?

Nach der am häufigsten vertretenen Meinung ²⁾ findet der wirkliche Geschäftswille der Parteien in der Scheinerklärung seinen Ausdruck, wenn dieser Ausdruck auch ein unangemessener, unwahrhaftiger ist. Der wirkliche Geschäftswille wird also erklärt, aber in einer seinem Inhalt nicht entsprechenden Form.

Wie bei jedem anderen Rechtsgeschäft, so muß auch bei einem verdeckten Geschäft der auf die Rechtswirkung abzielende Parteiwille geäußert, d. h. erklärt werden. Diese Erklärung nun findet sich — obgleich in ihrem Inhalt entstellt — in der Scheinerklärung ³⁾.

Daraus folgt, daß Scheingeschäft und verdecktes Geschäft sich überschneiden ⁴⁾. Die Scheinerklärung, d. h. die für die Kenntnis Dritter bestimmte — in der Regel schriftlich niedergelegte — Erklärung, ist ein Bestandteil sowohl des Scheingeschäfts als auch des verdeckten Geschäfts.

Dies sei am Beispiel eines durch einen Kaufvertrag dissimulierten Schenkungsversprechens verdeutlicht. Das Scheingeschäft besteht in diesem Falle in der Erklärung der Simulanten, einen Kauf zu wollen, und außerdem in ihrem gleichzeitigen geheimen Einverständnis, den Kaufvertrag nicht zu wollen. Zum verdeckten Geschäft aber gehört ebenfalls die Erklärung über den Kauf und im übrigen die geheime Einigung, mit dieser Kaufvertragserklärung eine Schenkung zu wollen. Die Kaufvertragserklärung ist also das gemeinsame Tatbestandsmerkmal sowohl des Scheingeschäfts als auch des verdeckten Geschäfts.

Die doppelte Bedeutung, die der Scheinerklärung hiernach zukommt, hat man zu charakterisieren versucht, indem man den „äußeren Rechtsakt“ als ein „Gemisch von Schein und Wirklichkeit“ beschrieben hat ⁵⁾. Am anschaulichsten aber wird der Zusammenhang zwischen Scheinerklärung und dissimuliertem Geschäft durch die folgende Kennzeichnung wiedergegeben: Die Scheinerklärung ist das vereinbarte Erklärungsmittel, mit dem der wirkliche Wille dem Geschäftspartner kundgegeben wird; die Parteien verständigen sich in einer vorher festgelegten Zeichensprache ⁶⁾.

2. Entgegen dieser Auffassung kann man aber auch der Meinung sein, daß ein nicht wahrheitsgemäß zum Ausdruck gekommener Wille

1) Vgl. z. B. Vogel, Mentalreservation und Simulation, S. 46, 47; Oertmann, § 117, Anm. 4.

2) Savigny, Bd. 3, § 134, S. 262; Windscheid, Bd. 1, § 75, S. 380, 381; Palandt (-Danckelmann), § 117, Anm. 3; Staudinger-Coing, § 117, Anm. 19; Flume, S. 404.

3) Palandt (-Danckelmann), a. a. O.; Staudinger-Coing, a. a. O.

4) Vgl. Fuchs, Scheinhandel, S. 251.

5) Vogel, S. 46.

6) Stübing, S. 16–18; vgl. auch Savigny, Bd. 3, § 134, S. 262.

überhaupt nicht „geäußert“ ¹⁾, d. h. nach außen in Erscheinung getreten sei. Der innere Wille kann dann nicht als „erklärt“ ²⁾, d. h. für die Außenwelt „klar geworden“, angesehen werden. Da man aber nicht annehmen kann, daß das Gesetz einem nicht erklärten Willen eine Rechtswirkung beilegen will, so muß neben der Scheinerklärung noch eine zweite Erklärung, eben die verdeckte Erklärung, vorliegen ³⁾. Stübing ist der Ansicht, daß dies die Konzeption des § 117 Abs. 2 BGB sei, denn dort sei von zwei Geschäften, also von zwei Erklärungen, die Rede ⁴⁾.

Folgt man dieser Meinung, so kann man eigentlich nicht mehr davon sprechen, daß das Scheingeschäft das wirklich gewollte Geschäft „verdecke“, denn beide Geschäfte stehen selbständig nebeneinander. Allenfalls könnte man geltend machen, daß das wirklich gewollte Geschäft deshalb „verdeckt“ sei, weil es im Gegensatz zur Scheinerklärung vor Dritten geheimgehalten wird.

B. Die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale im einzelnen

I. Ein Scheingeschäft liegt nach § 117 Abs. 1 BGB nur dann vor, wenn eine Willenserklärung zum Schein abgegeben wird. Die Erklärung muß sich also auf den rechtsgeschäftlichen Willen des Erklärenden beziehen. Bewußt falsche Erklärungen über sonstige Tatsachen, auch über bereits abgeschlossene Rechtsgeschäfte, sind hingegen keine Scheingeschäfte.

Ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis, das zum Zwecke der Täuschung eine nicht bestehende Schuld bestätigt, ist demnach kein Scheingeschäft. In den Erläuterungen zu § 405 BGB wird dies meistens nicht hervorgehoben ⁵⁾, weil es in diesem Zusammenhang nur auf die Verursachung eines Rechtsscheines ankommt. — Ebensowenig ist eine bewußt herbeigeführte unrichtige Eintragung im Grundbuch ein Scheingeschäft im eigentlichen Sinne. Auch mit der Zurückdatierung einer Vertragsurkunde wird nicht ein Wille, sondern eine außerhalb des eigenen Bewußtseins liegende Tatsache erklärt, so daß von einem Scheingeschäft nicht die Rede sein kann ⁶⁾.

§ 117 Abs. 1 BGB spricht von Willenserklärungen und nicht von Verträgen. Daraus geht hervor, daß es auch einseitige Scheingeschäfte gibt. Als Beispiel diene der Fall, daß der Chef seinem gesamten Personal kündigt, zuvor aber mit seiner Sekretärin ausmacht, daß die Kündigung ihr gegenüber nur zum Schein erfolge ⁷⁾.

¹⁾ und ²⁾ Zur sprachlichen Deutung der Ausdrücke „äußern“ und „erklären“ vgl. Zitelmann, Jher. Jahrb. 16, 366.

³⁾ Vgl. Stübing, S. 19 sowie RGZ 94, 148 f.

⁴⁾ Stübing, S. 19.

⁵⁾ z. B. BGB-RGRK, § 405, Anm. 4 und 5; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 6. Aufl., München und Berlin 1963, § 30 I.

⁶⁾ Vgl. RG, Recht 1930, Nr. 1482; Flume, S. 406; a. A. Fuchs, Scheinhandel, S. 252.

⁷⁾ Lange, BGB, Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München und Berlin 1964, § 54 III 1.

II. § 117 BGB setzt voraus, daß die simulierte Willenserklärung „einem anderen gegenüber abzugeben ist“. Die Vorschrift betrifft demnach nur empfangsbedürftige Willenserklärungen, ist also auf streng einseitige Willenserklärungen, wie Testamenterrichtung und Auslobung, nicht anwendbar ¹⁾).

III. Die Willenserklärung muß zum Schein abgegeben sein, und zwar mit dem Einverständnis des Erklärungsempfängers.

Das bedeutet zunächst einmal, daß der Erklärungsempfänger weiß, daß die Erklärung nur zum Schein abgegeben wird. Weiß er dies nicht, so liegt kein Scheingeschäft vor, sondern eine reservatio mentalis des Erklärenden (§ 116 Satz 1 BGB) oder auch eine Scherzerklärung (§ 118 BGB, sog. mißlungenes Scheingeschäft ²⁾).

Der Erklärungsempfänger weiß aber nicht nur zufällig, daß der Erklärende etwas anderes will, als er sagt. Beide machen vielmehr gemeinsame Sache. Auch der Erklärungsempfänger will, daß die abgegebene Erklärung nur eine Scheinerklärung sei. Hierdurch unterscheidet sich das Scheingeschäft von der erkannten Mentalreservation (§ 116 Satz 2 BGB). Das Scheingeschäft enthält keinen „geheimen Vorbehalt“, den der andere kennt, sondern einen „offenen Vorbehalt“, über den sich der Erklärende und der Erklärungsempfänger verständigt haben. Das Ergebnis ist allerdings in beiden Fällen das gleiche: die Willenserklärung ist nichtig.

Simulation und Mentalreservation wurden im gemeinen Recht nicht immer klar getrennt. Weil bei einem simulierten Vertrag beide Parteien etwas erklären, was sie nicht wollen, bezeichnete man die Simulation auch als „zweiseitige Mentalreservation“ ³⁾. Umgekehrt wurde die Mentalreservation eine „einseitige Simulation“ genannt ⁴⁾.

Im Falle eines verdeckten Geschäfts ist das Einverständnis der Parteien und damit ihre bewußte falsche Ausdrucksweise das Merkmal, das die Simulation von der sog. falsa demonstratio, der irrigen Falschbezeichnung, unterscheidet ⁵⁾. Allerdings wird der Ausdruck „falsa demonstratio“ zuweilen auch für die bewußte Falschbezeichnung verwendet ⁶⁾; in diesem Fall deckt sich der Begriff der falsa demonstratio mit dem Begriff des dissimulierten Geschäfts, sofern die Parteien einverständlich handeln und den Zweck verfolgen, einen falschen Anschein zu erwecken.

IV. Die Parteien schließen das Geschäft „zum Schein“, d. h. sie haben die Absicht, den Schein eines Rechtsgeschäfts

¹⁾ Protokolle, Bd. 1, S. 97; Oertmann, § 117, Anm. 3 a. A. A. Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 295 ff., 310, 311, der aber die Unterscheidung zwischen empfangsbedürftigen und nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen generell ablehnt.

²⁾ Flume, S. 405.

³⁾ Vgl. Kohler, Jher. Jahrb. 16, 98.

⁴⁾ Windscheid, Bd. 1, § 75 Fußnote 2 a, S. 380.

⁵⁾ Lehmann, § 30 VI 4 a; Oertmann, § 117, Anm. 2 a; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 166 IV.

⁶⁾ Bang, Falsa demonstratio, Jher. Jahrb. 66, 309 (310, 370).

entstehen zu lassen. Diese Absicht ist aber kaum denkbar ohne die gleichzeitige, weitergehende Absicht, Dritte durch den Schein zu täuschen.

Entgegen einer früher nicht selten vertretenen Auffassung ¹⁾ meint das Reichsgericht ²⁾ und mit ihm die herrschende Lehre ³⁾, daß eine Täuschungsabsicht für den Begriff des Scheingeschäfts nicht erforderlich sei. Im geltenden deutschen Recht hat die Frage allerdings nur geringe Bedeutung. Denn selbst wenn die Täuschungsabsicht zum Begriff des Scheingeschäfts gehörte, so müßte man bei Fehlen der Täuschungsabsicht dennoch die Nichtigkeit der Willenserklärung annehmen, und zwar auf Grund des § 116 Satz 2 BGB.

Die Frage der Täuschungsabsicht kann hingegen im Rahmen des § 405 BGB bedeutsam werden, wo an das Merkmal „zum Schein“ die Wirkung des gutgläubigen Erwerbes der Forderung geknüpft wird. Überhaupt kann die subjektive Einstellung der Parteien immer dann eine Rolle spielen, wenn es darum geht, die Scheinerklärung im Interesse gutgläubiger Dritter als wirksam zu behandeln ⁴⁾. Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang die unterschiedliche Behandlung der Mentalreservation (§ 116 Satz 1 BGB) und der sog. Scherzerklärung (§ 118 BGB). Wer eine Scherzerklärung abgibt, verdankt es lediglich seiner gutartigen inneren Einstellung, daß er nicht wie im Falle des § 116 Satz 1 BGB zugunsten seines gutgläubigen Partners beim Wort genommen wird.

C. Die Wirkungen der Simulation unter den Parteien

I. 1. Das Scheingeschäft erzeugt gemäß § 117 Abs. 1 BGB keinerlei rechtsgeschäftliche Bindung, es ist nichtig, d. h. von Anfang an und ipso jure unwirksam.

2. Eine andere Ansicht wird lediglich von Manigk vertreten, der im Scheingeschäft ein bloß vernichtbares Rechtsgeschäft sieht ⁵⁾. Der herrschenden Auffassung von der Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte wirft Manigk eine „naturalisierende Fiktion“ vor. Wenn der Tatbestand in seinen wesentlichen Elementen in Erscheinung trete, so erlange er damit in der natürlichen Welt notwendig Wirksamkeit. Diese könne man nicht mit der naturalisierenden Vorstellung einer ipso jure wirkenden Nichtigkeit aus der Welt schaffen. Der Tatbestand, den das Gesetz mit Nichtigkeit belege, könne durchaus wirken, wenn nämlich die Unwirk-

¹⁾ Protokolle, Bd. 1, S. 97; Vogel, S. 26; vgl. auch Krauss, Die Lehre vom Scheingeschäft, S. 25.

²⁾ RGZ 90, 277; RG, Warn.Rspr. 1914, Nr. 245.

³⁾ Lehmann, § 34 II 2; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 165 II; Oertmann, § 117, Anm. 2 c; a. A. Fuchs, Scheinhandel, S. 231.

⁴⁾ Vgl. z. B. die zitierten Entscheidungen RGZ 90, 273 ff. und RG, Warn.Rspr. 1914, Nr. 245.

⁵⁾ Manigk in Stier-Somlo und Elster, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6, Stichwort „Unwirksamkeit“, S. 295, 296.

samkeit nicht geltend gemacht werde. In diesen Fällen eines äußerlich vollständigen Tatbestandes sei die zivilrechtliche Nichtigkeit in Wahrheit eine bloße Vernichtbarkeit. So sei die in § 117 Abs. 1 BGB angeordnete Nichtigkeit die „legale Verneinung der durch den Rechts-schein vermittelten Wirksamkeit“. Aus Gründen des Vertrauensschutzes sei nur die Vernichtbarkeit normiert ¹⁾).

Diese Auffassung einer bloßen Vernichtbarkeit des Scheingeschäfts hat im geltenden Recht keine Stütze und beruht auf einer positivrechtlich unzulässigen Verquickung der prozessualen Behauptungs- und Beweislast mit den materiellrechtlichen Wirkungen des Tatbestands.

3. Richtig ist allerdings die Beobachtung, daß das Scheingeschäft, das ja in der Regel schriftlich niedergelegt ist, in der natürlichen Welt die Rolle eines gültigen Rechtsgeschäfts spielen wird, solange nicht der geheime Mangel bewiesen ist. Dieser vorläufigen „tatsächlichen Wirksamkeit“ des Scheingeschäfts trägt das BGB Rechnung, indem es das Scheingeschäft nicht als ein Nichtgeschäft behandelt, sondern als ein vorhandenes, aber nichtiges Rechtsgeschäft. Wer im Prozeß behauptet, eine Willenserklärung sei nur zum Schein abgegeben, bestreitet demnach nicht das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts, sondern er macht die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts geltend. Hierfür aber trägt er die Beweislast, während das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts vom Gegner bewiesen werden muß ²⁾).

Das Scheingeschäft hat nicht die rechtsgeschäftliche Wirkung, die es vortäuscht, wohl aber ist bis zum Beweis des Gegenteils davon auszugehen, daß die der Erklärung entsprechende rechtsgeschäftliche Wirkung eingetreten ist.

4. a) Von dem Grundsatz der Nichtigkeit des Scheingeschäfts gibt es eine wichtige Ausnahme, und zwar im Falle der Eheschließung. Eine zum Schein eingegangene Ehe ist vollgültig. Dies ergibt sich aus dem Ehegesetz, das in seinen §§ 16 ff. die Nichtigkeitsgründe einer Ehe erschöpfend aufzählt, ohne dabei die Simulation zu erwähnen ³⁾). Die rechtspolitischen Gründe sind folgende: Das Institut der Ehe ist für ein gesundes Gemeinwesen außerordentlich wichtig. Jede Eheschließung berührt daher das öffentliche Interesse, was darin zum Ausdruck kommt, daß der Staat bei der Eheschließung mitwirkt. Um nun die Einrichtung der Ehe vor jedem Mißbrauch zu schützen, soll das vor dem Standesbeamten gegebene Wort unwiderruflich binden. Damit wird verhindert, daß Konkubinate sich durch eine simulierte Eheschließung den Schein einer Ehe geben, von dem die Beteiligten dann solange Gebrauch machen, wie es ihnen gefällt ⁴⁾).

¹⁾ Manigk, a. a. O., S. 297.

²⁾ RG, Recht 1920, Nr. 2794; RG, JW 1908, 479 (Nr. 9); RG, JW 1909, 660 (662); Rosenberg, Die Beweislast, 4. Aufl., München und Berlin 1956, S. 260.

³⁾ Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbb., § 165 II 1; Palandt (-Lauterbach), § 16 Ehegesetz, Anm. 2.

⁴⁾ OLG Hamburg, Seuff.Arch., Bd. 53, Nr. 90; Kohler, Jher. Jahrb. 28, 166 ff.

Diesen Erwägungen wird entgegengehalten, zum Wesen der Ehe gehöre unbedingt der ernsthafte Wille der Beteiligten, eine eheliche Gemeinschaft zu gründen. Man könne die Simulanten für den Mißbrauch des Trauungszeremoniells nicht mit der „Strafe der Ehe“ belegen ¹⁾).

Die rechtspolitisch richtige Lösung kann nur auf Grund einer Interessenabwägung gefunden werden. Eine solche Interessenbewertung führt zu der Feststellung, daß das überindividuelle Interesse an der Stabilität einer in den vorgesehenen Formen eingegangenen Ehe von ganz erheblichem Gewicht ist. Denn das in der Verfassung verankerte Institut der Ehe ist ein Grundpfeiler unserer Gesellschaftsordnung. Vor allem aber haben die Kinder, die aus einer von den Partnern zum Schein geschlossenen Ehe hervorgegangen sind, ein vitales Interesse daran, daß die Lebensgemeinschaft ihrer Eltern erhalten bleibt. Auf der anderen Seite ist das Interesse der beiden Partner, nicht gegen ihren wahren Willen zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet zu werden, zwar grundsätzlich anzuerkennen; dennoch sollte es nicht zu hoch bewertet werden. Denn die Simulanten haben die vom Gesetz vorgesehene Rechtsfolge durch ihre eigenen, willentlich abgegebenen Erklärungen bewußt herbeigeführt. Außerdem wird dem Gedanken, daß eine Rechtsbeziehung von so höchstpersönlicher Prägung wie die Ehe nicht vom Staat erzwungen werden könne, insoweit Rechnung getragen, als die Verpflichtung zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach § 888 Abs. 2 ZPO nicht zwangsweise durchgesetzt werden kann.

Es erscheint daher richtiger, dem vom Gesetzgeber als maßgebend erachteten Gesichtspunkt der Rechtssicherheit den Vorzug zu geben.

b) Auch der zum Schein geschlossene Gründungsvertrag einer Aktiengesellschaft oder GmbH wird von der Rechtsprechung als wirksames Geschäft behandelt, sobald die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden ist ²⁾. Dasselbe gilt übrigens, wenn die Gründererklärungen auf Irrtum, Täuschung oder Drohung beruhen. Der Grund für die Unbeachtlichkeit dieser Willensmängel ist darin zu finden, daß die Erklärung nicht nur für den Erklärungsempfänger, sondern auch für die Allgemeinheit von Bedeutung ist. Das Publikum, das zu der Aktiengesellschaft oder GmbH in geschäftliche Beziehungen tritt, hat ein ganz erhebliches Interesse daran, daß die durch die Zeichnungs- bzw. Einlageverpflichtungen der Gründer gebildete Kapitalgrundlage der Gesellschaft auch dann erhalten bleibt, wenn der Gründungsvertrag durch Willensmängel beeinflusst worden ist ³⁾.

c) Keine Ausnahme vom Grundsatz der Nichtigkeit des Scheingeschäfts besteht hingegen bei der Adoption. Ein Adoptionsvertrag, der zum Schein geschlossen wird, ist nichtig ⁴⁾. Als simulierte Adoption be-

¹⁾ Fuchs, Scheinhandel, S. 242 ff; vgl. dazu auch OLG Hamburg, a. a. O.

²⁾ RG, Warn.Rspr. 1931, Nr. 41; RG, JW. 1935, 3613; BGHZ 21, 381 f.

³⁾ Vgl. die zitierten Entscheidungen; ferner Lehmann, § 34 I 4; Hueck, Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München und Berlin 1965, § 23 IV 2.

⁴⁾ RGZ 29, 132; RG, HRR 1929, Nr. 1220; OLG Hamburg, OLG 7, 425 (426); KG, OLG 12, 347 (349); KG, OLG 18, 282 (283); a. A. v. Tuhr, Bd. 2, 1. Hälfte, S. 563, 564.

trachtet man meistens auch diejenigen Fälle, in denen mit der Adoption lediglich der Erwerb eines Namens bezweckt wird ¹⁾).

d) Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang schließlich die – inzwischen allerdings außer Kraft getretene ²⁾ – Verordnung über die Preisüberwachung und die Rechtsfolgen von Preisverstößen im Grundstücksverkehr vom 7. 7. 1942 (RGBl I, S. 451), zuletzt in der Fassung vom 28. 11. 1952 (BGBl I, S. 792).

Wenn in einem Kaufvertrag über ein preisgebundenes Grundstück die Parteien in Täuschungsabsicht ein geringeres als das wirklich vereinbarte Entgelt beurkundet hatten oder hatten beurkunden lassen, so galt nach § 4 der Verordnung das beurkundete Entgelt als vereinbart. Auch hier wurden die Vertragsparteien also ausnahmsweise an einem nur zum Schein geschlossenen Rechtsgeschäft festgehalten. Denn der Kaufvertrag mit dem geringeren Entgelt war in Wahrheit nicht gewollt ³⁾, sondern lediglich dazu bestimmt, die Behörden über den Inhalt des wirklich geschlossenen Vertrages zu täuschen.

Durch § 4 der Preisüberwachungsverordnung sollte der Verkäufer eines Grundstücks davon abgehalten werden, mit dem Käufer insgeheim ein höheres als das preisrechtlich zulässige Entgelt zu vereinbaren. Es wäre nun allerdings für den Verkäufer ein Leichtes gewesen, die Sanktion des § 4 zu umgehen, indem er sich den überschießenden Kaufpreis bereits vor Beurkundung des Vertrages auszahlen ließ. Um dies zu unterbinden, wurde in § 5 der Preisüberwachungsverordnung die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB, die die Rückforderung einer gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßenden Leistung verwehrt, für unanwendbar erklärt. Damit wurde dem Käufer die Möglichkeit gegeben, das über den beurkundeten Betrag hinausgehende Entgelt zurückzufordern.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1952 vertrat das Landgericht Düsseldorf die Auffassung, daß § 5 der Preisüberwachungsverordnung die Menschenwürde antaste und somit gegen Art. 1 des Bonner Grundgesetzes verstoße. Denn die Bestimmung appelliere an die Unehrlichkeit des Käufers. Wenn nämlich der Käufer, der an dem Schwarzkauf ebenso mitwirke wie der Verkäufer, den nichtbeurkundeten Teil des Entgelts später zurückverlange, so begehe er in der Regel einen Betrug, zumindest aber sei sein Verhalten arglistig ⁴⁾.

Entgegen der Ansicht des Landgerichts Düsseldorf erachtete der Bundesgerichtshof die §§ 4, 5 der Preisüberwachungsverordnung für gültig. Der Gesetzgeber habe diese Vorschriften in der Erwartung er-

¹⁾ Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierten Entscheidungen. Beachte aber BGHZ 35, 75 ff.

²⁾ Aufgehoben mit Wirkung vom 29. 10. 1960 durch §§ 186 Abs. 1 Nr. 65, 189 Abs. 1 des Bundesbaugesetzes vom 23. 6. 1960 (BGBl I, S. 341).

³⁾ Vgl. hierzu RGZ 78, 119 unten.

⁴⁾ MDR 1952, 613

lassen, daß der Verkäufer bereits durch die Unsicherheit, ob er den Überpreis behalten könne, von Schwarzverkäufen abgehalten werde ¹⁾).

II. Nach den Wirkungen des Scheingeschäfts ist nunmehr zu erörtern, welche Wirkungen das verdeckte Geschäft entfaltet.

1. § 117 Abs. 2 BGB bestimmt: „Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung“. Das verdeckte Geschäft, das nach herrschender Meinung in der Scheinerklärung seine rechtsgeschäftliche Erklärung findet, ist demnach so zu behandeln, als ob es in offener Sprache erklärt worden wäre. Das verdeckte Geschäft ist wirksam, obwohl es in eine andere Form gekleidet ist ²⁾. Wer aber entgegen der herrschenden Meinung die Auffassung vertritt, das wirklich gewollte Geschäft werde selbständig erklärt und sei von der Scheinerklärung unabhängig, für denjenigen ist es sogar eine Selbstverständlichkeit, daß dieses ernsthafte Rechtsgeschäft wirksam ist ³⁾.

Die Gültigkeit des dissimulierten Geschäfts setzt natürlich voraus, daß die gewöhnlichen Wirksamkeitsbedingungen erfüllt sind. Daran wird es allerdings häufiger fehlen, weil oftmals ein Rechtsgeschäft nur deshalb dissimuliert wird, weil es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt ⁴⁾.

2. Schwierigkeiten bereitet die Dissimulation formbedürftiger Rechtsgeschäfte. Sieht man in der zum Schein abgegebenen Erklärung zugleich die Erklärung des verdeckten Geschäfts, so kann die Form logischerweise nur in der Scheinerklärung verwirklicht sein. Das bedeutet, daß dem Formerfordernis des verdeckten Geschäfts grundsätzlich dann Genüge getan ist, wenn die Scheinerklärung in der vorgeschriebenen Form abgegeben ist. Nimmt man hingegen an, das dissimulierte Geschäft komme in einer eigenen, selbständigen Erklärung zum Ausdruck, so ist die Beurkundung der Scheinerklärung für die Wirksamkeit des formbedürftigen dissimulierten Geschäfts ohne jede Bedeutung.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist in dieser Frage widerspruchsvoll.

Bereits für das Preußische ALR und das gemeine Recht hatte das Reichsgericht entschieden, daß ein durch einen Darlehens- oder Kaufvertrag dissimuliertes Schenkungsversprechen gültig sei, wenn nur der Darlehens- bzw. Kaufvertrag gerichtlich oder notariell beurkundet

¹⁾ BGHZ 11, 94 ff., 96, 97.

Vgl. auch BGH, NJW 1959, 1319, wo dem Verkäufer die Möglichkeit eingeräumt wird, den Vertrag wegen arglistiger Täuschung anzufechten oder gemäß § 826 BGB vom Käufer Schadensersatz zu verlangen.

²⁾ Staudinger-Coing, § 117 Anm. 19; RG, JW 1938, 2837.

³⁾ Bei den Beratungen des Gesetzentwurfs hielt man zum Teil eine besondere Bestimmung über das verdeckte Geschäft für überflüssig. Protokolle, Bd. 1, S. 97.

⁴⁾ Vgl. z. B. BGH, WM 1962, 263 ff.

sei ¹⁾. In RGZ 98, 124 (130) hat das Reichsgericht auf diese früheren Entscheidungen Bezug genommen und auch für das geltende Recht anerkannt, daß die Beurkundung des Scheingeschäfts dem dissimulierten Schenkungsversprechen zur Wirksamkeit verhilft. In diesen Entscheidungen geht das Reichsgericht also davon aus, daß die Scheinerklärung zugleich die Erklärung des verdeckten Geschäfts enthält und demgemäß die Form des verdeckten Geschäfts in der Scheinerklärung verwirklicht wird.

Im Gegensatz zur dissimulierten Schenkung hält das Reichsgericht aber gerichtlich oder notariell beurkundete Grundstückskaufverträge, die die Höhe des wirklich gewollten Kaufpreises dissimulieren, für nichtig.

In RGZ 78,115 entscheidet es den Fall, daß die Parteien in einem Grundstückskaufvertrag einen höheren als den in Wirklichkeit gewollten Kaufpreis beurkunden lassen, weil sie befürchten, die Verwandten des Veräußerers könnten an dem niedrigen Kaufpreis Anstoß nehmen. Auch hier wird ein Rechtsgeschäft durch ein anderes dissimuliert, der Vertrag mit dem höheren Preis dissimuliert den Vertrag mit dem geringeren Preis; denn der Kaufpreis ist ein wesentliches Element jedes Kaufvertrages und „der Vertrag ist ein anderer, je nachdem der Kaufpreis höher oder niedriger festgesetzt wird“ ²⁾. — Der in der Urkunde vorgetäuschte Vertrag ist als Scheingeschäft nichtig. Das Reichsgericht sieht aber auch den verdeckten Vertrag mit dem wirklich gewollten Kaufpreis als nichtig an; es hält die Formvorschrift des § 313 BGB nicht für erfüllt, obwohl die Scheinerklärung gerichtlich beurkundet ist ³⁾.

Weit häufiger als die wahrheitswidrige Angabe eines zu hohen Kaufpreises ist der umgekehrte Fall. Die Parteien wollen Steuern und Stempelkosten sparen und lassen deshalb in dem Grundstückskaufvertrag einen geringeren als den wirklich gewollten Kaufpreis beurkunden. Auch hier nimmt das Reichsgericht an, daß der wirklich gewollte Vertrag wegen Nichtbeachtung der gesetzlichen Form nichtig sei ⁴⁾.

In diesen Fällen der Preisverschleierung geht das Reichsgericht offenbar davon aus, daß der wirklich gewollte Vertrag in einer selbständigen Erklärung zum Ausdruck kommt und von der Scheinerklärung ganz unabhängig ist ⁵⁾. Damit setzt sich das Reichsgericht aber in Widerspruch zu seiner eigenen, die verdeckte Schenkung betreffenden Rechtsprechung.

Nun scheint allerdings mit der Entscheidung in RGZ 78,115 eine Möglichkeit aufgezeigt, den festgestellten Widerspruch auszuräumen.

¹⁾ RGZ 15, 293 f.; RGZ 22, 193.

²⁾ RGZ 78, 119.

³⁾ RGZ 78, 120 f.

⁴⁾ RGZ 94, 148 ff.; 104, 102 ff.; 129, 152; 134, 244; RG, Warn.Rspr. 1925, Nr. 18 = LZ 1924, S. 546.

⁵⁾ Vgl. RGZ 78, 121 (letzter Satz); 94, 148 ff.

In diesem Urteil begründet das Reichsgericht die Nichtigkeit des dissimulierten Grundstückskaufes damit, daß sonst der Zweck des § 313 BGB, nämlich den Veräußerer vor Übereilung zu schützen, vereitelt würde; der Verkäufer sei nicht hinreichend geschützt, wenn er verpflichtet sei, das Grundstück zu einem niedrigeren Preis zu übereignen als in der Urkunde angegeben sei ¹⁾). Diese Begründung nun widerspricht keineswegs der Auffassung, daß das verdeckte Geschäft im Scheingeschäft erklärt ist und daß daher im allgemeinen mit der Beurkundung der Scheinerklärung die Form des verdeckten Geschäfts gewahrt ist. (Im Gegenteil, wenn man annimmt, daß Scheinerklärung und verdecktes Geschäft beziehungslos nebeneinander stehen, so ist eine derartige Begründung sogar überflüssig und daher sinnlos.) Auf der anderen Seite aber bietet die zitierte Begründung eine Erklärung für die Meinung des Reichsgerichts, daß in dem besonderen Fall der Grundstückskaufverträge dem Formerfordernis des verdeckten Geschäfts auch dann nicht genügt ist, wenn die Scheinerklärung beurkundet ist.

Bei genauerer Betrachtung erweist es sich aber als unmöglich, auf diese Weise den aufgezeigten Widerspruch zu lösen. Zweierlei steht dem entgegen.

Einmal trifft die in RGZ 78,115 gegebene Begründung auf den häufigsten Fall der Preisverschleierung bei Grundstückskäufen, nämlich die Beurkundung eines zu niedrigen Kaufpreises, nicht zu. Es mag richtig sein, daß der Verkäufer nicht hinreichend geschützt ist, wenn die Urkunde den Preis zu hoch angibt, der Verkäufer also verpflichtet ist, das Grundstück in Wirklichkeit für weniger Geld herzugeben. Wenn aber ein zu niedriger Preis beurkundet ist, kann sich der Verkäufer keiner gefährlichen Täuschung hingeben ²⁾, im Gegenteil, seine Situation ist in Wahrheit günstiger, als es nach der Urkunde den Anschein hat. — Die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages, dessen Preis in der notariellen Urkunde zu niedrig angegeben ist, mag zwar erwünscht sein, denn sie zwingt die Parteien zur Ehrlichkeit und kann dadurch einen Steuerbetrug verhindern. Mit einem Verstoß gegen § 313 BGB, der einen ganz anderen Zweck verfolgt, läßt sich die Nichtigkeit aber nicht begründen.

Die Auffassung, die Angabe eines zu hohen Kaufpreises mache den dissimulierten Kaufvertrag nichtig, weil sonst der Zweck des § 313 BGB nicht erreicht würde, steht aber auch gerade auf Grund dieser teleologischen Betrachtungsweise im Widerspruch zur Wirksamkeit der dissimulierten Schenkung. Die Formvorschrift will sowohl im Falle des § 518 BGB ³⁾ als auch im Falle des § 313 BGB ⁴⁾ in erster Linie den Veräußerer vor übereilten Geschäften schützen, die er später bereuen

¹⁾ RGZ 78, 121.

²⁾ Vgl. BGB-RGRK, § 313, Anm. 30.

³⁾ Motive, Bd. 2, S. 293; RGZ 98, 130.

⁴⁾ Motive, Bd. 2, S. 190; Protokolle, Bd. 1, S. 460; BGB-RGRK, § 313, Anm. 1.

könnte. Die umständliche Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung soll warnen und zum Nachdenken zwingen. Sieht man nun aber den Zweck des § 313 Satz 1 BGB dadurch gefährdet, daß der Grundstücksveräußerer verpflichtet ist, das Grundstück für eine geringere als die in der Urkunde angegebene Gegenleistung zu übereignen, so ist der Zweck des § 518 BGB erst recht gefährdet, wenn der Schenker verpflichtet ist, den Gegenstand ohne jede Gegenleistung zu übereignen, obwohl in der notariellen Urkunde eine Gegenleistung, etwa ein Kaufpreis, angegeben ist. Deshalb müßte das in einen Kauf- oder Darlehensvertrag gekleidete Schenkungsversprechen erst recht wegen Formmangels nichtig sein.

Diesem Einwand hat das Reichsgericht wohl vorzubeugen gesucht, wenn es in RGZ 98,130 die Gültigkeit der verdeckten Schenkung auf § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB stützt. In den älteren Entscheidungen ¹⁾ hatte es noch ausdrücklich erklärt, der Zweck der Formvorschrift werde bei der Schenkung nicht dadurch gefährdet, daß statt des Schenkungsversprechens ein Darlehens- oder Kaufvertrag beurkundet werde. Im 98. Band wird hingegen ausgeführt, der Zweck des § 518 BGB werde zwar am sichersten erreicht, wenn der Schenkungscharakter des Geschäfts in der Urkunde zum Ausdruck kommen müsse, der Schenker also genötigt sei, seine wirkliche Absicht der Urkundsperson zu offenbaren. Auf diesen Gesetzeszweck komme es aber nicht an, denn § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB lasse erkennen, daß das Gesetz die Kenntlichmachung der Schenkungsabsicht nicht verlange. Der zitierte Abs. 1 Satz 2 des § 518 BGB bestimmt, daß ein abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennnis, das schenkweise erteilt wird, ebenso der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf wie ein Schenkungsversprechen. Da aber die Schenkungsabsicht in einem abstrakten Schuldversprechen oder -anerkennnis niemals zum Ausdruck kommen kann, ist das Reichsgericht der Meinung, dem Gesetzgeber komme es offenbar nur darauf an, daß das Leistungsversprechen als solches beurkundet werde.

Diese Argumentation kann jedoch nicht überzeugen. § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB soll verhindern, daß die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens dadurch umgangen wird, daß der Zuwendende in privatschriftlicher Form schenkungshalber ein abstraktes Schuldversprechen erteilt, das ja wirksam wäre und als vollzogene Schenkung auch nicht kondiziert werden könnte. Die Bestimmung soll also sicherstellen, daß der Zweck der gesetzlichen Formvorschrift nicht durch eine Gesetzesumgehung vereitelt wird ²⁾. Daraus läßt sich nun keinesfalls entnehmen, daß es dem Gesetzgeber in jedem Falle nur auf die Beurkundung des Leistungsversprechens ankomme und

¹⁾ RGZ 15, 293 f.; 22, 191 ff

²⁾ Motive, Bd. 2, S. 294.

er damit, wie das Reichsgericht meint, auf den vollkommenen Schutz vor übereilten Schenkungen verzichten wolle.

Auch mit Hilfe des § 518 Abs. 1 Satz 2 BGB läßt sich also nicht widerspruchsfrei erklären, weshalb das dissimulierte Schenkungsverprechen als gültig angesehen wird, während der Grundstücksvertrag, dessen wahrer Kaufpreis durch die Beurkundung eines höheren Preises dissimuliert wird, wegen Formmangels nichtig sein soll ¹⁾).

D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten

I. Das Gesetz enthält keine besonderen Bestimmungen über die Wirkungen der Simulation im Verhältnis zu Dritten. Daraus folgt, daß grundsätzlich das Scheingeschäft nicht nur unter den Parteien, sondern auch gegenüber Dritten nichtig ist. Entsprechend ist das dissimulierte Geschäft nicht nur für die Parteien, sondern auch für jeden Außenstehenden ein wirksames Rechtsgeschäft.

Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann für Dritte **vorteilhaft** sein. Sie bewirkt z. B., daß ein Gläubiger sein Befriedigungsrecht an den Vermögensstücken seines Schuldners auch dann behält, wenn der Schuldner sein Eigentum zum Schein veräußert hat. In solchen Fällen wird der Dritte sich auf die Nichtigkeit des Scheingeschäfts berufen. Im Prozeß kann er die auf den äußeren Schein gegründete Vermutung eines gültigen Rechtsgeschäfts durch den Nachweis der Simulation entkräften. Das gilt auch dann, wenn der Dritte kein eigenes rechtliches Interesse an der Nichtigkeit des Scheingeschäfts hat ²⁾. So kann der Schuldner dem Scheinzessionar dessen Scheinberechtigung entgegenhalten, auch wenn der Schuldner gemäß § 409 BGB mit befreiender Wirkung an den klagenden Scheinzessionar leisten könnte ³⁾.

Will jemand die Nichtigkeit eines Scheingeschäfts, das zwischen zwei anderen Personen geschlossen ist, im Wege einer Feststellungsklage geltend machen, so muß er gemäß § 256 ZPO ein besonderes rechtliches Interesse nachweisen. Er muß dartun, weshalb er ein rechtliches Interesse daran hat, ein Rechtsverhältnis feststellen zu lassen, an dem er selbst gar nicht beteiligt ist ⁴⁾.

II. 1. Die Nichtigkeit des Scheingeschäfts kann für Dritte aber auch nachteilig sein. Dies gilt insbesondere für diejenigen, die im

¹⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang auch Flume, S. 406, 306, der darauf hinweist, daß die Rechtsprechung, anders als beim dissimulierten Geschäft, bei der „falsa demonstratio“ die Auffassung vertritt, daß mit der unrichtigen Beurkundung dem Formerfordernis des Rechtsgeschäfts Genüge getan sei. Zur falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften siehe RG, Gruchot, Bd. 59, S. 1054 f.; RGZ 109, 336.

²⁾ RGZ 93, 76; Oertmann, § 117, Anm. 2 c α; Baer, Scheingeschäfte, S. 13; a. A. Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, § 142 II 1, S. 427.

³⁾ RGZ 93, 76.

⁴⁾ Lent-Jauernig, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., München und Berlin 1963, § 34 II.

Vertrauen auf einen Scheinvertrag Geschäfte abschließen und sich später in ihren Erwartungen enttäuscht sehen. Zum Beispiel: A veräußert an B zum Scheine ein Recht, das in Wahrheit weiterhin dem A zustehen soll. Im Vertrauen auf die Urkunde, in der die Scheinveräußerung festgehalten ist, erwirbt sodann der Dritte D das Recht von dem scheinbaren Inhaber B, dem er auch das vereinbarte Entgelt entrichtet. Nun erscheint A und macht das von ihm nur zum Schein veräußerte Recht geltend; das Recht habe dem B in Wirklichkeit nicht zugestanden und D habe es daher nicht wirksam erwerben können.

In solchen Fällen stellt sich die Frage, inwieweit der Dritte gegen den Einwand des Scheingeschäfts geschützt wird.

2. Die gemeinrechtliche Literatur vertrat überwiegend den Standpunkt, daß hier der Satz gelten müsse: „Wer anderen eine Grube gräbt, fällt selbst hinein“¹⁾. Die Simulanten, insbesondere der wahre Berechtigte, konnten sich gegenüber dem gutgläubigen Erwerber nicht auf die Scheinnatur ihres Geschäftes berufen, sondern wurden an ihrem Wort festgehalten²⁾.

Bei den Vorarbeiten zum BGB wurde die Frage, wie ein gutgläubiger Dritter gegen das Scheingeschäft zu schützen sei, eingehend erörtert. In der zweiten Kommission wurden nicht weniger als sechs Anträge eingebracht, die verlangten, das Scheingeschäft zugunsten eines gutgläubigen Dritten, insbesondere eines gutgläubigen Erwerbers, aufrechtzuerhalten³⁾. Sämtliche Anträge wurden abgelehnt. Die Kommission war der Meinung, ein Bedürfnis für eine solche Vorschrift bestehe nicht, weil der redliche Erwerb beweglicher und unbeweglicher Sachen durch besondere Bestimmungen geschützt sei. Auch sei die Täuschungsabsicht der Simulanten häufig nur gegen bestimmte Personen — etwa die Gläubiger des Scheinveräußerers — gerichtet; daraus könne nicht jeder Dritte das Recht ableiten, das ungültige Geschäft als gültig zu behandeln. Im übrigen solle der Schutz des gutgläubigen Erwerbs nicht zu einem allgemeinen Rechtsprinzip erhoben werden, weil man relative Rechtsverhältnisse möglichst vermeiden müsse⁴⁾.

In der Regel bieten die allgemeinen Gutglaubensvorschriften dem Dritten in der Tat hinreichenden Schutz. Das ergibt sich aus den folgenden Überlegungen.

Wer eine zum Schein veräußerte bewegliche Sache vom Scheinerwerber gutgläubig erwirbt, wird nach §§ 932 ff. BGB geschützt. Das-

1) Vgl. Mommsen, Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen, Braunschweig 1879, S. 100, Fußnote 13.

2) Kohler, Jher. Jahrb. 16, 130; Regelsberger, Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893, S. 517, Fußnote 12; Mommsen, a. a. O.; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889, S. 100, 101; Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 5. Aufl., Berlin 1896, § 100, S. 235; Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, Jher. Jahrb. 20, 1(3 ff.).

3) Protokolle, Bd. 1, S. 95, 96; vgl. auch Flume, S. 410.

4) Protokolle, Bd. 1, S. 96, 97.

selbe gilt nach §§ 1032, 1207 BGB für die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Pfandrechts an einer beweglichen Sache. Wer dingliche Rechte an einem Grundstück erwirbt, kann sich gemäß §§ 892 f. BGB auf die Richtigkeit der Grundbucheintragung verlassen, auch wenn der Eingetragene in Wahrheit nur ein Scheinberechtigter ist. Der Zessionar einer Forderung wird durch § 405 BGB gegen den Einwand geschützt, das Schuldverhältnis sei nur zum Schein eingegangen, es sei denn, daß er bei der Abtretung die Simulation kannte oder kennen mußte; Voraussetzung ist allerdings, daß dem Erwerber bei der Abtretung eine Urkunde vorgelegt wird, die der Schuldner über die Schuld ausgestellt hat.

Der gutgläubige Dritte wird gemäß § 172 BGB auch gegen eine simulierte Vollmachterteilung geschützt, wenn der Vertreter ihm eine Vollmachtsurkunde vorlegt, die der scheinbare Vollmachtgeber dem Vertreter ausgehändigt hat.

§ 409 BGB schützt den Schuldner, der an einen Scheinzessionar leistet, wenn dieser ihm eine Abtretungsurkunde vorlegt, die der Scheinzedent ihm ausgestellt hat.

Schließlich wird den Simulanten sehr oft bewußt sein, daß sie den Dritten schädigen, so daß dieser gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB oder gemäß § 826 BGB Schadensersatz verlangen kann.

3. Dennoch gibt es Fälle, in denen diese allgemeinen Bestimmungen den Dritten gegen die Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht hinreichend schützen¹⁾).

Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 90,273. Ein Hypothekengläubiger hatte seine Hypothek in einer privatschriftlichen Abtretungserklärung zum Schein abgetreten. Der Scheinzessionar trat die Hypothek unter Vorlage der Abtretungsurkunde an einen gutgläubigen Dritten ab. Der Dritte, der also sein Recht von einem Nichtberechtigten herleitete, konnte die Hypothek weder nach § 892 BGB noch nach § 1155 in Verbindung mit § 892 BGB gutgläubig erwerben, denn die Scheinabtretung war weder im Grundbuch eingetragen worden noch war sie in öffentlich beglaubigter Form vorgenommen worden. Dennoch hat das Reichsgericht dem gutgläubigen Dritten geholfen und dem Scheinzedenten die Berufung auf das Scheingeschäft versagt. Dabei stützt es seine Entscheidung auf den in den §§ 172, 405, 409 BGB enthaltenen Rechtsgedanken²⁾).

Ein weiteres Beispiel bringt Dernburg³⁾). Der Inhaber eines Patentrechts überträgt dieses zum Scheine einem anderen. Der Scheiner-

1) Vgl. dazu Kiehl, Schutz des Dritten gegen Scheingeschäfte, Gruchot, Bd. 63, S. 558 (570 ff.); Flume S. 410 ff.

2) RGZ 90, 278 f.; dazu Flume, S. 411.

3) Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. 1, § 142 II 2, S. 428.

werber weist sich mittels des schriftlich fixierten Scheingeschäfts als Berechtigter aus und erteilt eine Lizenz gegen Entgelt. Der Scheinveräußerer will nun diese Lizenz nicht gelten lassen. — Der gutgläubige Erwerb eines Lizenzrechtes ist gesetzlich nicht vorgesehen. Selbst wenn nun der Scheinveräußerer die Schädigung des Dritten vorausgesehen oder sogar beabsichtigt hat und deshalb nach § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB schadensersatzpflichtig ist, so ist dem Dritten damit nicht vollständig geholfen. Denn er würde gemäß § 249 BGB so gestellt werden, als ob das Scheingeschäft niemals vorgenommen worden wäre und daher auch die betrügerische Lizenzerteilung nicht stattgefunden hätte. Dem getäuschten Lizenznehmer geht es aber in der Regel um das positive Interesse, d. h. um die Gültigkeit der erteilten Lizenz. Dernburg will deshalb dem Lizenznehmer gegenüber dem Scheinveräußerer eine exceptio doli geben ¹⁾.

Bemerkenswert ist auch eine von Oertmann besprochene ²⁾ Entscheidung des Reichsgerichts ³⁾. Der Bevollmächtigte Sch. einer Firma hatte im Namen dieser Firma Verträge mit B geschlossen. Er war sich aber mit B darüber einig, daß die Bestellungen des B nur zum Scheine erfolgten. Die Firma lieferte die Waren an B und verlangte Bezahlung des Kaufpreises. B aber erhob den Einwand des Scheingeschäfts. Er sei mit dem Stellvertreter der Firma über die Scheinnatur der Verträge einig gewesen und dies müsse die Firma sich gemäß § 166 BGB entgegenhalten lassen. Das Reichsgericht jedoch gab der Klage der Firma statt. Es führt dazu aus, § 166 BGB sei nicht anwendbar, wenn der Stellvertreter mit dem als Vertragsgegner auftretenden Dritten zum Nachteil des Vertretenen kolludiert habe. Der Vertretene könne, wenn er gutgläubig sei, den Vertragsgegner an dem zum Scheine geschlossenen Verträge festhalten.

Oertmann ⁴⁾ begrüßt das Ergebnis des Reichsgerichts und versucht, eine genauere Begründung zu geben. Er betont, daß der rechtspolitische Grundgedanke des § 166 BGB auf den vorliegenden Fall nicht zutreffe. § 166 BGB beruhe auf der Überlegung, daß der Vertretene sich seinen Vertreter selbst ausgesucht habe und daher für dessen Unzuverlässigkeit einstehen müsse; der Dritte, der auf Auswahl und Kontrolle des Vertreters keinen Einfluß habe, dürfe nicht deshalb schlechter stehen, weil der Vertreter nicht im eigenen, sondern in fremdem Namen abgeschlossen habe. Im Falle der Kollusion aber bedürfe der Dritte dieses Schutzes nicht. Denn er habe selbst dazu beigetragen, den Vertretenen zu täuschen. Er habe dem Vertretenen

¹⁾ a. a. O. Ebenso: Lehmann, § 34 II 2; Westermann, in: Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Münster 1962, Bd. 1, § 117, Anm. 3.

²⁾ Scheingeschäft und Kollusion, Recht 1923, S. 74.

³⁾ RG, Gruchot, Bd. 52, S. 933.

⁴⁾ a. a. O.

einen nicht vorhandenen Geschäftswillen vorgespiegelt, geradeso wie wenn er dies ohne die Vermittlung des Vertreters getan hätte. Deshalb sei hier der in § 116 Satz 1 BGB für die Mentalreservation ausgesprochene Rechtsgedanke anwendbar und die simulierte Erklärung müsse dem Vertretenen gegenüber als gültig behandelt werden ¹⁾).

Das Besondere dieses Falles liegt darin, daß der schutzbedürftige Dritte, zu dessen Gunsten die Scheinerklärung aufrechterhalten wird, derjenige ist, der nach dem Inhalt des simulierten Vertrages Geschäftspartei sein soll. Hier muß man sich nun daran erinnern, daß die Geschäftswirkungen entsprechend der sog. Repräsentationstheorie nur kraft gesetzlicher Vorschrift in der Person des Vertretenen eintreten ²⁾. Im Sinne des natürlichen Tatbestands hingegen ist der Vertreter Vertragspartei und der Vertretene ein außenstehender Dritter. Die vorliegende Reichsgerichtsentscheidung hält den Vertretenen daher für ebenso schutzwürdig wie einen sonstigen gutgläubigen Dritten.

Unrichtig ist die Annahme Baers, der besprochene Fall sei durch § 826 BGB zu lösen ³⁾. Denn § 826 BGB geht nur auf das negative Interesse, würde die vertretene Firma demnach so stellen, als ob das Scheingeschäft überhaupt nicht vorgenommen worden wäre. Das Reichsgericht hingegen billigt der Firma das positive Interesse zu.

Auch bei einem simulierten Vertrag zugunsten Dritter kann es vorkommen, daß der begünstigte Dritte gegen die Scheinnatur des Vertrages geschützt werden muß. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Vertrag zugunsten Dritter mit Rücksicht darauf geschlossen wird, daß der begünstigte Dritte seinerseits dem Versprechensempfänger eine Leistung erbracht hat.

Auch in folgendem Beispiel erscheint der gutgläubige Dritte schutzwürdig: V bietet dem K ein Buch zum Verkauf an. Da K aber weiß, daß das Buch dem E gehört, legt V ihm eine Urkunde vor, in der der Eigentümer E den V gemäß §§ 185, 182 Abs. 1 BGB ermächtigt, das Buch zu veräußern. Die Einwilligung des E ist jedoch im Einverständnis mit V nur zum Schein erteilt worden. Sie ist infolgedessen nichtig. § 172 BGB ist in diesem Falle seinem Wortlaut nach unanwendbar, denn V hat das Buch nicht im fremden, sondern im eigenen Namen veräußert. Dennoch erscheint es geboten, die Einwilligung zugunsten des gutgläubigen Erwerbers aufrechtzuerhalten, insbesondere, wenn dieser bereits den Kaufpreis entrichtet hat.

¹⁾ Ebenso Flume, S. 411. Vgl. ferner RGZ 134, 33 ff., wo die wichtige Einschränkung gemacht wird, daß das Scheingeschäft nichtig ist, falls der Partner des Vertreters „gutgläubig“ war, d. h. von der beabsichtigten Täuschung des Vertretenen nichts wußte; zustimmend Flume, S. 411, Fußnote 21.

²⁾ Lehmann, § 36 I 4.

³⁾ Baer, S. 31.

Diese Beispiele zeigen, daß das Gesetz nicht immer dem Schutzbedürfnis des Dritten, der auf das Scheingeschäft vertraut hat, gerecht wird. Die §§ 823 Abs. 2 BGB (in Verbindung mit § 263 StGB) und 826 BGB bieten nur einen unvollkommenen Schutz. Denn der deliktische Schadensersatzanspruch ersetzt nur das negative Interesse, während es dem Dritten im allgemeinen um die Gültigkeit des Geschäfts, d. h. um das positive Interesse geht. Ferner ist der obligatorische Ersatzanspruch immer dann unzureichend, wenn es speziell auf den dinglichen Rechtserwerb ankommt, wie z. B. für einen Gläubiger beim Konkurs seines Schuldners. Im übrigen werden die Voraussetzungen der §§ 823 Abs. 2, 826 BGB gar nicht in jedem Falle erfüllt sein. Es kann vorkommen, daß durch das Scheingeschäft Personen geschädigt werden, an deren Benachteiligung die Simulanten überhaupt nicht gedacht haben, so daß ein auch nur bedingter Vorsatz nicht gegeben ist. Man denke etwa an folgenden Fall: Jemand überträgt zum Schein ein Recht auf seinen Freund, um dessen Kreditwürdigkeit zu stärken und ihm damit die Aufnahme eines Darlehens zu ermöglichen; kurz darauf verstirbt der Scheinberechtigte, und sein ahnungsloser Erbe, der die Übertragungsurkunde im Nachlaß vorgefunden hat, veräußert nunmehr das Recht an einen gutgläubigen Dritten. Hier haben weder die Simulanten noch der Erbe des Scheinberechtigten den Vorsatz gehabt, dem gutgläubigen Erwerber einen Schaden zuzufügen.

4. Neuerdings tritt Flume mit Nachdruck dafür ein, daß der Dritte, der im Vertrauen auf die Scheinerklärung ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, grundsätzlich gegen die Nichtigkeit des Scheingeschäfts geschützt werde¹⁾. Flume entwickelt neue dogmatische Gesichtspunkte für die Lösung dieses Problems. Nach seiner Auffassung ist in der Scheinerklärung des vorgeblichen Veräußerers eine Verfügungs-ermächtigung enthalten, also eine Erklärung, daß der Scheinerwerber über das scheinbar erlangte Recht im eigenen Namen verfügen dürfe. Diese Ermächtigung werde durch die Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht berührt, da sie als Erklärung gegenüber dem Dritten kein Scheingeschäft, sondern eine Erklärung unter geheimem Vorbehalt sei, die gemäß § 116 Satz 1 BGB wirksam sei²⁾. Bei der Verfügung über eine zum Schein begründete Forderung bedürfe es allerdings der Sonder-norm des § 405 BGB, da das BGB eine rechtsgeschäftliche Ermäch-tigung, im eigenen Namen einen anderen zu verpflichten, nicht kenne³⁾.

Die Ermächtigung, so heißt es weiter, sei gemäß § 116 Satz 2 BGB nichtig, wenn der Dritte den mangelnden Geschäftswillen der Par-teien gekannt habe. Darüber hinaus aber müsse in Analogie zu §§ 405,

1) Flume, S. 410 ff.

2) Flume, S. 411, 412.

3) Flume, S. 412.

173 BGB und in Abweichung von § 116 BGB dem Dritten die Berufung auf die Ermächtigung auch dann verwehrt werden, wenn er die Nichternstlichkeit der abgegebenen Erklärung habe „kennen müssen“. Der Grund für diese Gleichstellung von „Kennen“ und „Kennen-müssen“ könne allerdings nur darin gesehen werden, daß dadurch in bezug auf die subjektive und daher schwer nachweisbare Tatsache des „Kennens“ eine Beweiserleichterung geschaffen werden solle. Deshalb werde dem Dritten hinsichtlich der Ernstlichkeit des Rechtsgeschäfts auch keine besondere Erkundigungspflicht auferlegt, sondern ein „Kennenmüssen“ könne ihm nur dann vorgeworfen werden, wenn die Scheinnatur des Rechtsgeschäfts für ihn evident, d. h. offenkundig gewesen sei ¹⁾).

Was den Gutglaubensschutz im Falle eines nur mündlich geschlossenen Scheingeschäfts betrifft, so macht Flume eine wesentliche Einschränkung. Entsprechend § 405 BGB soll grundsätzlich das Vertrauen auf eine mündlich abgegebene Scheinerklärung nicht geschützt werden. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Scheinberechtigte mit dem Einverständnis des wirklich Berechtigten dem Dritten gegenüber die Geltung des Scheingeschäfts behaupte; hier müsse entsprechend den Grundsätzen über die Duldungsvollmacht in dem Verhalten des wahren Berechtigten eine Duldungsermächtigung gesehen werden, so daß das mit dem gutgläubigen Dritten geschlossene Geschäft wirksam sei ²⁾. An dieser Stelle ist jedoch kritisch anzumerken, daß in einem solchen Fall das Vertrauen des Dritten sich nicht auf das Scheingeschäft selbst gründet, sondern auf die Behauptung des Scheinberechtigten, das Geschäft sei abgeschlossen worden, sowie auf das hiermit übereinstimmende Verhalten des wirklich Berechtigten. Daß vorher ein mündliches Scheingeschäft geschlossen worden ist, ist dabei nicht einmal erforderlich und wird in der Regel auch nicht der Fall sein. Demnach handelt es sich hier um einen interessanten Parallelfall zur sog. Duldungsvollmacht, nicht aber um den Schutz des Vertrauens auf die Gültigkeit eines Scheingeschäfts.

Flume weist schließlich darauf hin, daß der Schutz gutgläubiger Dritter nur für die vom Scheinberechtigten geschlossenen Rechtsgeschäfte in Betracht komme, nicht aber für eine gegen den Scheinberechtigten gerichtete Zwangsvollstreckung ³⁾.

Im übrigen soll zu den von Flume entwickelten Gedanken im rechtsvergleichenden Teil dieser Arbeit Stellung genommen werden ⁴⁾.

¹⁾ Flume, S. 412, 844.

²⁾ Flume, S. 412.

³⁾ Flume, S. 412.

⁴⁾ Siehe unten 4. Teil, B. II., S. 99 ff.

E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des verdeckten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften

I. Das fiduziarische Geschäft oder Treuhandgeschäft¹⁾

1. Das fiduziarische Geschäft läßt sich am besten durch die drei folgenden typischen Fälle kennzeichnen²⁾:

a) G tritt eine Forderung an J ab, vereinbart aber zugleich, daß J seine Gläubigerstellung nur benutzen darf, um die Forderung im eigenen Namen, aber für Rechnung des G einzuziehen (Inkassozession).

b) B will seine wertvolle Briefmarkensammlung dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen und veräußert sie deshalb an seinen Freund, der ihm verspricht, das Eigentum an der Briefmarkensammlung zurückzuübertragen, sobald die Gefahr der Pfändung vorüber ist.

c) Der Schuldner S ist bereit, an seiner Wohnungseinrichtung seinem Gläubiger G eine dingliche Sicherheit zu bestellen, sofern er die Einrichtungsgegenstände auch weiter benutzen kann. Da nach § 1205 BGB eine Verpfändung ohne Besitzaufgabe nicht möglich ist, wird eine sog. Sicherungsübereignung vereinbart. S bleibt im Besitz der Einrichtungsgegenstände und übereignet sie dem G gemäß § 930 BGB durch Einigung und Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses. Gleichzeitig verpflichtet sich G, das Eigentum nach Tilgung der Schuld zurückzuübertragen und im übrigen nur insoweit über die Gegenstände zu verfügen, als es der Sicherungszweck erfordert.

In dem letzterwähnten Falle dient das fiduziarische Geschäft einem Sicherungszweck. Man spricht hier von einer sog. Sicherungstreuhand im Gegensatz zur sog. Verwaltungstreuhand.

2. Die ganz herrschende Meinung sieht in dem fiduziarischen Geschäft eine wirksame dingliche Rechtsübertragung mit gleichzeitiger schuldrechtlicher Ausübungsbeschränkung³⁾. Die obligatorische Verfügungsbeschränkung des Trenehmers schließt gemäß § 137 BGB seine Verfügungsbefugnis gegenüber Dritten keineswegs aus. Diese Divergenz zwischen dinglicher und obligatorischer Rechtslage ist das besondere Merkmal des Treuhandgeschäfts. Die dingliche Rechtswirkung geht über den von den Parteien verfolgten wirtschaftlichen Zweck, der in der schuldrechtlichen Beschränkung seinen Ausdruck findet, hinaus⁴⁾. Die übertragenen Vermögensgegenstände stehen

¹⁾ Zahlreiche Literaturnachweise bei Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Anm. 60.

²⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 148 II 1 b.

³⁾ Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Anm. 60 c ff.; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 148 II; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 2, Die einfache Sicherungsübertragung — Erster Teil, S. 71, 72.

⁴⁾ Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 148 II 1; Serick, Bd. 2, S. 72, 75.

rechtlich dem Treuhänder, wirtschaftlich gesehen aber dem Treugeber zu ¹⁾).

Nach dieser herrschenden Auffassung besteht ein klarer Unterschied zwischen dem fiduziarischen Geschäft und dem Scheingeschäft. Die fiduziarische Rechtsübertragung ist im Gegensatz zum Scheingeschäft wirklich gewollt. Man betont, daß ja die Parteien ihre Zwecke, z. B. die dingliche Sicherung des Treuhänders, nur dann erreichen können, wenn die Rechtsübertragung wirklich gewollt und daher wirksam ist.

Da das Treuhandgeschäft ernstlich gewollt und daher kein Scheingeschäft ist, kann es auch kein anderes, dissimuliertes Rechtsgeschäft enthalten. Dennoch hat man zuweilen in der Sicherungsübereignung ein Scheingeschäft gesehen, das eine in Wirklichkeit gewollte Pfandbestellung verdeckt ²⁾).

3. Daß das fiduziarische Geschäft in Wahrheit ein nichtiges Scheingeschäft sei, wird gegenüber der herrschenden Meinung am entschiedensten von Fuchs vertreten ³⁾).

Fuchs geht davon aus, daß man den Parteiwillen unabhängig davon, welche Bezeichnung die Parteien dem Geschäft beilegen, analysieren müsse ⁴⁾. Der angebliche Wille der Parteien, das Eigentum zu übertragen, widerspreche ihrem Willen, den Treugeber in ihrem Verhältnis untereinander weiterhin als Eigentümer zu betrachten ⁵⁾. Denn der wesentliche Inhalt des Eigentums, nämlich die Herrschaft über die Sache, solle weiter vom Treugeber ausgeübt werden ⁶⁾. Deshalb ist Fuchs der Ansicht, die Parteien wollten in Wirklichkeit gar nicht das Eigentum übertragen, sondern sie wollten lediglich, daß der Fiduziar Dritten gegenüber wie ein Eigentümer auftreten könne. Ein nur nach außen wirkendes Eigentum gebe es aber nicht. Wenn die Eigentumsübertragung im Innenverhältnis nicht gewollt und daher wirkungslos sei, so sei sie auch nach außen wirkungslos ⁷⁾.

Fuchs wendet sich ausdrücklich gegen die Auffassung, der Treuhänder werde nur juristisch, nicht aber wirtschaftlich Eigentümer. Ein Rechtsfolgewillen, der über die wirtschaftliche Absicht hinausgehe, sei nicht denkbar. Niemand könne eine Rechtsfolge ohne ihren entsprechenden wirtschaftlichen Gehalt wollen ⁸⁾.

Eine Bestätigung seiner Auffassung findet Fuchs darin, daß die Rechtsprechung dem Fiduzianten hinsichtlich des Treuguts ein Aussonderrungsrecht im Konkurs des Fiduziars gibt ⁹⁾ und daß sie auch der Dritt-

¹⁾ RGZ 45, 85; 91, 14; Staudinger-Coing, Einleitung vor § 104, Anm. 60 c.

²⁾ Schwister, Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, JW 1931, 1160 (1163); vgl. auch Staudinger-Riezler, 10. Aufl. 1936, § 117, Anm. 23.

³⁾ Fuchs, Scheinhandel, passim; ders., Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AcP 115, S. 84 ff.; ebenso: Schwarzkopf, Treuhand als Gesetzgebungsproblem, Leipzig 1930, passim.

⁴⁾ Vgl. Scheinhandel, S. 33, 34, 37.

⁵⁾ Vgl. Scheinhandel, S. 6 ff.

⁶⁾ Vgl. Scheinhandel, S. 23, 24.

⁷⁾ Vgl. Scheinhandel, S. 15.

⁸⁾ Scheinhandel, S. 42 ff., 62.

⁹⁾ RGZ 45, 85; 91, 14; 94, 307.

widerspruchsklage des Fiduzianten stattgibt, wenn ein Gläubiger des Fiduziars das Treugut gepfändet hat¹⁾. Aussonderungsrecht und Widerspruchsklage seien die selbstverständliche Konsequenz der Nichtigkeit des Treuhandgeschäfts²⁾.

Fuchs widerspricht der Auffassung, daß das Treuhandgeschäft ernstlich gewollt sein müsse, weil die Parteien andernfalls den erstrebten Zweck nicht erreichen würden, und verweist dabei auf die Rechtsprechung zur Frage der sog. Namensadoption³⁾. Auch hier, so führt er aus, wählen die Parteien ein über den praktischen Zweck (Namensübertragung) hinausgreifendes Mittel (Adoption). Jedoch ziehe die Rechtsprechung keineswegs den Schluß: weil der Name ernsthaft übertragen werden solle, müsse auch das Kindschaftsverhältnis ernsthaft gewollt sein. Vielmehr erkläre man die bloße Namensadoption für nichtig, weil der wesentliche Inhalt des Adoptionsvertrages, nämlich die Begründung eines Eltern-Kindverhältnisses, nicht gewollt sei.

Gegen die Auffassung von Fuchs wird § 137 BGB ins Feld geführt. § 137 BGB bringe unzweideutig zum Ausdruck, daß eine dinglich unbeschränkte Rechtsmacht obligatorisch in ihrer Ausübung beschränkt werden könne⁴⁾. — Im übrigen haben die sorgfältig begründeten Ausführungen von Fuchs erstaunlich wenig Beachtung gefunden⁵⁾. Hierauf werde ich bei der rechtsvergleichenden Analyse zurückkommen.⁶⁾

II. Die „venditio nummo uno“

Die „venditio nummo uno“ ist ein Verkauf, bei dem der Kaufpreis so niedrig bemessen wird, daß er kein wirkliches Entgelt darstellt und von den Parteien auch nicht als solches betrachtet wird.

Der erklärte Inhalt eines solchen Vertrages ist einschließlich des unverhältnismäßig geringen Kaufpreises ernsthaft gewollt. Die „venditio nummo uno“ ist daher weder ein Scheingeschäft, noch enthält sie eine dissimulierte Schenkung⁷⁾.

III. Die mittelbare Stellvertretung

Eine sog. mittelbare Stellvertretung liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rech-

1) RGZ 79, 122.

2) Fuchs, Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AcP 115, S. 85, 86.

3) Scheinhandel, S. 245, 246; vgl. dazu RGZ 29, 132; RG, HRR 1929, Nr. 1220; OLG Hamburg, OLG 7, 425 (426); KG, OLG 18, 282 (283).

4) Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 148; Jessen, JW 1930, 2772.

5) Baer kommentiert dies mit den Worten: „Das Leben ist über diese Ansicht zur Tagesordnung übergegangen“; vgl. Baer, Einleitung.

6) Vgl. unten 4. Teil, C., S. 104 f.

7) von Tuhr, Bd. 2, 1. Hälfte, S. 558, Fußnote 21; Oertmann, § 117, Anm. 7; a. A. Fuchs, Scheinhandel, S. 252.

nung eines anderen schließt. Die Mittelsperson will wirtschaftlich für den Geschäftsherrn handeln ¹⁾).

An den Willen, wirtschaftlich für einen anderen, aber nicht in dessen Namen zu handeln, knüpft das BGB keine besonderen Wirkungen. Der Mittelsmann wird schuldrechtlich allein berechtigt und verpflichtet. Er wird selbst Eigentümer der Sachen, die ihm der Dritte überträgt. Erst durch eine weitere Übertragung kann der mittelbare Stellvertreter den Geschäftsherrn zum Eigentümer oder zum Inhaber der sonstigen erworbenen Rechte machen.

Ein unmittelbarer Rechtsübergang zwischen dem Geschäftsherrn und dem Dritten findet allerdings dann statt, wenn Gegenstände des Geschäftsherrn veräußert werden; dann kann der Mittelsmann, obwohl er im eigenen Namen handelt, das Eigentum gemäß § 185 BGB unmittelbar vom Geschäftsherrn auf den Dritten übertragen, ohne selbst Eigentümer geworden zu sein.

Das Rechtsgeschäft, das die Zwischenperson im eigenen Namen mit dem Dritten abschließt, ist wirklich gewollt. Dies ist selbst dann der Fall, wenn der Dritte weiß, daß die wirtschaftlichen Vorteile und Lasten des Geschäfts nicht seinen Vertragspartner, sondern dessen Auftraggeber treffen sollen. Der Vertrag ist weder ein Scheingeschäft, noch enthält er ein verdecktes Geschäft. Die Rechtsnatur des Vertrages wird dadurch, daß die wirtschaftlichen Ergebnisse dem im Hintergrund stehenden Geschäftsherrn zukommen sollen, nicht berührt.

IV. Der Strohmann

1. Als „Strohmann“ oder „vorgeschobene Person“ wird bezeichnet, wer für einen Hintermann, der aus irgendeinem Grunde nicht selbst in Erscheinung treten will, ein Erwerbsgeschäft tätigt. Wer z. B. stark verschuldet ist, wird oft daran interessiert sein, eine Neuanschaffung vor seinen Gläubigern zu verbergen. Aus diesem Grunde übergibt er das Geld für die Anschaffung einem Strohmann, etwa seiner Ehefrau, und beauftragt ihn, den Gegenstand im eigenen Namen zu erwerben.

Aber nicht nur bei einzelnen Erwerbsgeschäften wird ein Strohmann vorgeschoben. Häufig tritt der Strohmann als Inhaber eines Handelsgeschäfts auf, das in Wirklichkeit für Rechnung eines anderen, des Hintermannes, betrieben wird ²⁾. Die Gründe für ein solches Verschleiern des wahren Geschäftsinhabers sind mannigfaltig. Man will etwa verhindern, daß die Gläubiger des Hintermannes sich aus dem Geschäftsgewinn befriedigen. Bisweilen auch scheut sich der eigentliche Geschäftsinhaber, mit seiner Person für die Geschäftsverbindlich-

¹⁾ Staudinger-Coing, Vorbemerkung 38 zu § 164; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbband, § 179 I.

²⁾ RGZ 84, 304; LG Rudolstadt, JW 1935, 2763.

keiten einzustehen, und will das Geschäftsrisiko auf einen vermögenslosen Strohmann abwälzen¹⁾. In anderen Fällen wird ein Strohmann vorgeschoben, weil der Gewerbebetrieb eine behördliche Konzession erfordert, für deren Erwerb der Hintermann nicht die persönlichen Voraussetzungen besitzt²⁾.

Tritt ein Strohmann als Inhaber eines Handelsgeschäftes auf, so werden ihm häufig auch die zum Geschäft gehörenden Vermögensstücke übertragen, weil auch insoweit das Vermögen des Hintermannes dem Gläubigerzugriff entzogen werden soll³⁾.

2. Der Strohmann, der für den Hintermann einen Gegenstand erwirbt, ist im allgemeinen mittelbarer, zuweilen aber auch unmittelbarer Stellvertreter.

Weiß die andere Vertragspartei nicht, daß das Geschäft für Rechnung des Hintermannes abgeschlossen wird, so kann der Strohmann nur mittelbarer Stellvertreter sein⁴⁾. Das besondere Merkmal dieser mittelbaren Stellvertretung ist, daß sie geheimgehalten wird, und zwar meist zu unredlichen Zwecken⁵⁾. An dieses Merkmal knüpft das Gesetz jedoch keine besonderen Wirkungen. Der Strohmann wird Eigentümer der erworbenen Sache und ist nach Auftragsregeln zur Weiterübertragung an den Hintermann verpflichtet.

Ein solcher Erwerb durch einen Strohmann ist ebensowenig ein Scheingeschäft wie jedes andere Geschäft eines mittelbaren Stellvertreters⁶⁾. Der Dritte hat also keinen unmittelbaren vertraglichen Anspruch gegen den Hintermann⁷⁾, was besonders bei Vermögenslosigkeit des Strohmanns für den Dritten nachteilig und unbillig sein kann⁸⁾. Vereinzelt ist deshalb der Versuch gemacht worden, dem Dritten einen unmittelbaren Vertragsanspruch gegen den Hintermann zu geben. Als Begründung hat man angeführt, der Dritte wolle regelmäßig mit dem wahren Geschäftsinhaber kontrahieren⁹⁾. Nach dieser Mindermeinung wäre dann der Vertrag, der den Strohmann als Vertragspartei angibt, als ein Scheingeschäft anzusehen.

Anders kann die Rechtslage sich gestalten, wenn der Vertragspartner weiß, daß er mit einem Strohmann kontrahiert. Hier ist der Strohmann zuweilen mittelbarer, zuweilen aber auch unmittelbarer Stellvertreter des Hintermannes. Unmittelbarer Stellvertreter ist er dann, wenn der Geschäftsgegner damit einverstanden ist, daß der Hintermann unmittelbar berechtigt oder verpflichtet wird. In diesem Fall ist die Veräußerung an den Strohmann ein Scheingeschäft, welches

¹⁾ Vgl. Bernhard, Haftung aus Verträgen des Strohmannes, JW 1938, S. 2529, 2530.

²⁾ Staudinger-Coing, § 117, Anm. 8; Bernhard, aaO.

³⁾ Vgl. RGZ 84, 306.

⁴⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 179 IV 2.

⁵⁾ Vgl. Dikoff, Das Institut des Strohmanns im bürgerlichen Recht, Diss. Göttingen 1923, S. 38.

⁶⁾ BGH, NJW 1959, 333; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 165 II 5, Fußnote 20.

⁷⁾ BGH, NJW 1959, 332 ff.; BGH, WM 1964, 179.

⁸⁾ Bernhard, aaO., S. 2530.

⁹⁾ Bernhard, aaO., S. 2532, 2. Spalte; vgl. auch Fuchs, Scheinhandel, S. 211 ff., 214 u. dazu S. 4.

ein anderes, ernsthaft gewolltes Geschäft, nämlich die Veräußerung an den Hintermann, dissimuliert ¹⁾).

3. Überträgt der Hintermann dem Strohmann die zu einem Geschäftsbetrieb gehörenden Vermögensstücke, so sind diese Übertragungen nach herrschender Meinung als wirksam zu betrachten, obgleich ja im Innenverhältnis der Hintermann der eigentliche Eigentümer bleiben soll. Die Ernsthaftigkeit dieser Geschäfte wird vor allem daraus gefolgert, daß die Beteiligten ihre Zwecke — Sicherung vor dem Gläubigerzugriff — nur dann erreichen können, wenn die Übereignung wirklich gewollt ist ²⁾). Es handelt sich hier im Grunde um Treuhandgeschäfte ³⁾), welche sich aber dadurch auszeichnen, daß ihre treuhänderische Natur verheimlicht wird und daß sie dem unlauteren Zweck der Gläubigerbenachteiligung dienen ⁴⁾). Gelegentlich hat man sie allerdings aus Billigkeitsgründen als Scheingeschäfte angesehen und sich dabei auf die Überlegung gestützt, daß wirtschaftlich gesehen ja der Hintermann Eigentümer bleiben soll ⁵⁾). Dabei hat man allerdings nicht berücksichtigt, daß hiermit die grundsätzliche Frage berührt wird, ob die fiduziarischen Rechtsgeschäfte als Scheingeschäfte zu betrachten sind oder nicht.

V. Die Gesetzesumgehung ⁶⁾

1. Die sog. Umgehungsgeschäfte oder Schleichgeschäfte sind Rechtsgeschäfte, mit denen die Parteien einen vom Gesetz mißbilligten Erfolg zu erreichen suchen, ohne „formell den gesetzlichen Verbotstatbestand zu erfüllen“ ⁷⁾).

Als Beispiel mag folgender Fall dienen ⁸⁾): A und B möchten ein unlösbares Mietverhältnis für 50 Jahre eingehen. § 567 BGB aber schreibt zwingend vor, daß ein Mietvertrag, der für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen wird, nach 30 Jahren von jedem Teile gekündigt werden kann. Um diese Bestimmung zu umgehen, schließen A und B einen Mietvertrag über 30 Jahre und verpflichten sich außerdem, nach Ablauf der 30 Jahre einen weiteren Mietvertrag über 20 Jahre abzuschließen.

Nach der herrschenden Auffassung ist das Umgehungsgeschäft weder ein Scheingeschäft noch enthält es ein dissimuliertes Geschäft. Denn den Parteien, so wird ausgeführt, fehlt keineswegs der Ge-

¹⁾ RGZ 69, 47; BGH, NJW 1959, 333; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 179 IV 2; Lehmann, § 36 I 5 d.

²⁾ Staudinger-Coing, § 117, Anm. 8.

³⁾ Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 148 II 1 b 8.

⁴⁾ Geigel, Die Zwangsvollstreckung gegen den Strohmann, DJZ 1936, 1081.

⁵⁾ Geigel, aaO.

⁶⁾ Literaturangaben bei Staudinger-Coing, § 117, Anm. 21; aus der neueren Literatur vgl. Flume, S. 408 ff.

⁷⁾ Staudinger-Coing, § 117 Anm. 21. Vgl. auch Lehmann, § 29 III 4.

⁸⁾ Vgl. RGZ 165, 1 ff., 22.

schäftswille; wenn sie ihre praktischen Ziele erreichen wollen, müssen sie ja gerade den Eintritt der erklärten Rechtsfolgen wollen¹⁾. — So können in dem angeführten Beispiel Vermieter und Mieter nur dann hoffen, eine 50jährige unlösbare Bindung herbeizuführen, wenn sie wirklich sowohl einen Mietvertrag über 30 Jahre abschließen als auch sich in einem Vorvertrag verpflichten, nach Ablauf der 30 Jahre einen neuen Mietvertrag für 20 weitere Jahre einzugehen.

Das Umgehungsgeschäft fällt der herrschenden Meinung zufolge nicht unter den Wortlaut der zu umgehenden Gesetzesnorm. Aus dem Zweck der Norm ergibt sich jedoch, daß der ihr zugrundeliegende Gedanke auf das Schleichgeschäft anwendbar ist. Das Umgehungsgeschäft stellt den Juristen daher vor die Aufgabe, die Vorschrift, deren Anwendung die Parteien verhindern wollen, teleologisch auszulegen²⁾. — So verlangt im obigen Beispielsfalle der Zweck des § 567 BGB, daß jeder Vertragsteil sich nach 30 Jahren von der erwähnten Vertragskombination lösen kann.

2. Eine andere Auffassung war im gemeinen Recht weitverbreitet³⁾ und wird teilweise auch heute noch vertreten⁴⁾. Sie erblickt im Umgehungsgeschäft ein Scheingeschäft, welches ein anderes, wirklich gewolltes Rechtsgeschäft verdeckt⁵⁾. — Der Mietvertrag über 30 Jahre und die zusätzliche Verpflichtung zum Abschluß eines weiteren Mietvertrages über 20 Jahre sind nach dieser Auffassung ein Scheingeschäft, das einen wirklich gewollten, für die Dauer von 50 Jahren abgeschlossenen Mietvertrag verdeckt. Dieser verdeckte Vertrag erfüllt unmittelbar den Tatbestand des § 567 BGB und ist daher nach 30 Jahren kündbar. — Ob die in Frage kommende Gesetzesbestimmung anwendbar ist oder nicht, wird also im Gegensatz zur herrschenden Meinung nicht durch Auslegung dieser Gesetzesnorm, sondern durch Auslegung des betreffenden Rechtsgeschäfts ermittelt⁶⁾.

Gegen diese Auffassung wird von der herrschenden Meinung eingewendet, daß man das Umgehungsgeschäft nur dann als ein simuliertes bzw. dissimuliertes Geschäft betrachten könne, wenn man den Geschäftswillen auf Grund der verfolgten wirtschaftlichen Zwecke bestimme. Das führe zu der Unterscheidung zwischen juristischem und wirtschaftlichem Geschäftswillen und damit zu erheblichen Schwierigkeiten, vor allem, weil dann die fiduziarischen Geschäfte ebenfalls als

¹⁾ Staudinger-Coing, § 117 Anm. 21; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 165 II 5; Lurje, Die Umgehung des Gesetzes und ihr Recht, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 41, S. 372 (392); RGZ 26, 183; OLG Hamburg, JR 1961, 22; vgl. auch BGH, NJW 1959, 332 ff.

²⁾ Staudinger-Coing, § 117, Anm. 21; RGZ 26, 183; vgl. ferner Flume, S. 408 f.

³⁾ Savigny, Bd. 1, S. 324 f.; vgl. dazu RGZ 26, 183.

⁴⁾ Fuchs, Umgehung des Gesetzes, S. 14, 15; Franke, Zur Frage des Scheincharakters der Umgehungsgeschäfte, JW 1934, 1149; Gottschalk, Simulierte Rechtsgeschäfte, Gruchot, Bd. 65, S. 528 (532); vgl. auch RAG 17, 3.

⁵⁾ Bei einem streng einseitigen Rechtsgeschäft kann allerdings eine Simulation im eigentlichen Sinne nicht vorliegen. Vgl. Fuchs, Umgehung des Gesetzes, S. 15.

⁶⁾ Vgl. dazu RGZ 26, 183.

Scheingeschäfte zu behandeln wären ¹⁾. Dem könnte noch hinzugefügt werden, daß nicht in allen Fällen eine Rechtsform vorhanden ist, die die Annahme eines verdeckten Geschäfts erlaubt. Man betrachte etwa folgenden Fall ²⁾: Ein Gesetz schreibt vor, daß landwirtschaftliche Grundstücke nur an Landwirte veräußert werden dürfen ³⁾. Ein Ingenieur möchte ein solches Grundstück erwerben und benutzt einen Landwirt als Strohmann, der das Grundstück im eigenen Namen erwirbt, ohne seinen Auftraggeber zu nennen. „Wirtschaftlich“ gesehen soll der Ingenieur Eigentümer werden; da aber der Veräußerer von der Existenz des Hintermannes nichts weiß, kann man auch bei „wirtschaftlicher“ Betrachtungsweise nicht annehmen, daß eine dissimulierte unmittelbare Eigentumsübertragung zwischen Veräußerer und Hintermann stattfindet. Deshalb läßt sich wohl nicht leugnen, daß der vorgeschobene Landwirt der wirkliche Vertragspartner ist und daß der Grundstückserwerb nur deshalb nichtig ist, weil er dem Zweck der Verbotsnorm zuwiderläuft.

¹⁾ Staudinger-Coing, § 117, Anm. 21.

²⁾ Vgl. RG, HRR 1932, Nr. 482.

³⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang das Grundstücksverkehrsgesetz vom 28. 7. 1961 (BGBl I, S. 1091).

II. TEIL:

FRANZÖSISCHES RECHT

A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes

I. Wie wird der eingangs dieser Arbeit beschriebene Lebenstatbestand in Frankreich rechtsgeschäftlich qualifiziert? Welche rechtsgeschäftliche Bedeutung hat es, wenn jemand einen Vermögensgegenstand zum Schein veräußert? Welche Bedeutung hat es, wenn in einer Urkunde ein Kaufvertrag erklärt wird und die Parteien sich in Wirklichkeit über eine Schenkung einig sind, oder wenn in der Urkunde ein geringerer Kaufpreis angegeben wird als derjenige, der wirklich bezahlt werden soll?

Voraussetzungen und Wirkungen der Simulation sind im Code civil nur unvollkommen geregelt. Lediglich Art. 1321 C. c. enthält eine Bestimmung, die sich auf simulierte Geschäfte bezieht. Art. 1321 C. c. lautet: „Die Gegenverträge (*contre-lettres*) wirken nur zwischen den Vertragsparteien; sie wirken nicht zu Lasten Dritter“ ¹⁾. — Im übrigen ist die Theorie der Simulation das Werk der Rechtsprechung ²⁾.

Rechtsprechung und herrschende Lehre knüpfen bei der rechtsgeschäftlichen Beurteilung des Simulationstatbestandes an die in Art. 1321 C. c. erwähnten Gegenverträge an. Sie sehen in dem Simulationstatbestand eine Kombination zweier gleichzeitiger Verträge, von denen der eine den anderen aufhebt oder abändert ³⁾. Die Parteien schließen einen Vertrag, der für die Augen der Umwelt bestimmt ist (*acte ostensible, acte apparent*; offener Vertrag), z. B. sie übereignen ein Grundstück durch einen Kaufvertrag (Art. 1583 C. c.). Gleichzeitig oder auch vorher schließen sie einen Gegenvertrag (*contre-lettre*), der die Bestimmungen des offenen Vertrages aufhebt oder verändert. Dieser Gegenvertrag wird im Gegensatz zum offenen Vertrag geheimgehalten ⁴⁾.

¹⁾ Über die Bedeutung des Wortes „*contre-lettre*“, insbesondere darüber, daß es sich dabei nicht nur um eine Beweisurkunde, sondern um ein Rechtsgeschäft handelt, vgl. vor allem Bartin, *Théorie des contre-lettres en droit français*, S. 101 ff.; Lerebours-Pigeonnière, *Du prête-nom, mandataire ou gérant d'affaires agissant en nom propre*, S. 175–182.

²⁾ Bredin, *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé*, Rev. trim. 1956, S. 261 (262).

³⁾ und ⁴⁾ Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 333; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 580; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122; Boulanger, in: Dalloz Rép. dr. civ., „Simulation“, Nr. 4, 5; Bredin, Rev. trim. 1956, S. 266; Rieg, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, S. 497, 499. Aus der reichhaltigen Judikatur vgl. z. B. Civ. 20. 4. 1863, D. P. 1863, 1, 185; Req. 3. 1. 1883, Sir. 1883, 1, 69; Req. 18. 7. 1934, D. H. 1934, 476.

Der geheime Gegenvertrag kann den offenen Vertrag in vollem Umfang aufheben. So etwa im Falle, daß ein Schuldner die Veräußerung seines Grundstücks simuliert, um dieses seinen Gläubigern zu entziehen. Hier spricht man von „absoluter Simulation“ (*simulation absolue*) oder von einem fiktiven Vertrag (*contrat fictif*) ¹⁾.

Der geheime Gegenvertrag kann sich aber auch darauf beschränken, den offenen Vertrag abzuändern. Die Abänderung betrifft entweder die Natur (die *causa*) des Vertrages, z. B. wenn der offen erklärte Kaufvertrag in einen Schenkungsvertrag umgeändert wird. Oder die Modifizierung durch den Gegenvertrag bezieht sich auf einzelne Vertragsbedingungen. Es wird zum Beispiel der offen vereinbarte Kaufpreis durch den geheimen Gegenvertrag heraufgesetzt; zur steuerlichen Registrierung (*enregistrement*) ²⁾ reichen die Parteien dann nur den offenen Vertrag ein, der den geringeren Kaufpreis enthält. — In allen Fällen, in denen der offene Vertrag nicht vollkommen aufgehoben, sondern nur abgeändert wird, spricht man von sog. relativer Simulation (*simulation relative*), die auch als „Vertragsverkleidung“ (*déguisement de contrat*) bezeichnet wird ³⁾. Nach Carbonnier ist dies der klassische Fall der Simulation ⁴⁾.

Die Definition der h. M., welche die Simulation als eine Kombination zweier sich ganz oder teilweise neutralisierender Verträge begreift, umfaßt also sowohl das leere Scheingeschäft (*absolute Simulation*) als auch das dissimulierte Geschäft (*relative Simulation*). Die absolute Simulation erscheint dabei gewissermaßen als Grenzfall der relativen Simulation.

II. Nach einer anderen Meinung ⁵⁾ stellen die Simulanten in der für die Augen Dritter bestimmten Urkunde den Abschluß eines Vertrages fest, während sie in Wirklichkeit überhaupt keinen oder aber einen anderen Vertrag geschlossen haben. Das simulierte Geschäft ist demnach überhaupt inexistent. Man kann es nur insoweit als vorhanden betrachten, als sein Abschluß in der Urkunde wahrheitswidrig angegeben ist. Das im Fall relativer Simulation wirklich gewollte Geschäft hat allein rechtsgeschäftliche Bedeutung ⁶⁾.

Diese Auffassung ähnelt der deutschen Willenstheorie, die im Scheingeschäft eine Willenserklärung sieht, bei der der Geschäftswille fehlt. Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß ein Unterschied besteht. Nach der willentheoretischen Auffassung des deutschen Rechts enthält die Urkunde die Erklärung eines nicht vorhandenen inneren

¹⁾ Vgl. statt vieler: Fourcade, *De la simulation en droit civil et en droit fiscal*, S. 5; Carbonnier, aaO.

²⁾ Vgl. Carbonnier, Bd. 2, Nr. 125.

³⁾ Vgl. statt vieler: Fourcade, S. 5; Carbonnier, aaO.

⁴⁾ Carbonnier, aaO.

⁵⁾ Fourcade, S. 4, 17, 20. Ähnlich, unter dem Einfluß der italienischen Theorie: Demogue, I, Bd. 1, S. 262, Anm. 2; Boisselot, *De la notion de simulation*, S. 117; Rousseau, *Essai sur la notion de simulation*, S. 3 und 232.

⁶⁾ Fourcade, S. 4, 17 Anm. 2, 21; Demogue, I, Bd. 1, S. 263; Boisselot, aaO., S. 117.

Geschäftswillens. Nach der hier dargestellten französischen Meinung enthält die Urkunde hingegen Erklärungen über einen bereits abgeschlossenen Vertrag; die Erklärungen widersprechen jedoch der Wahrheit, sie sind eine gemeinsame Lüge (*mensonge concerté*); denn in Wirklichkeit ist der angegebene Vertrag gar nicht abgeschlossen worden, sei es, daß überhaupt kein Vertrag, sei es, daß ein anderer Vertrag geschlossen wurde. Während die deutsche Willentheorie eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung annimmt, besteht nach dieser Auffassung ein Zwiespalt zwischen der wirklichen Vereinbarung und dem Inhalt der Urkunde, die die Parteien über diese Vereinbarung abgefaßt haben.

Diese Theorie wird besser verständlich, wenn man die Bedeutung des „*acte instrumentaire*“ im Code civil kennt. Der „*acte instrumentaire*“ ist — im Gegensatz zum „*acte juridique*“ (dem Rechtsgeschäft) — ein Schriftstück, das im Augenblick des Vertragsschlusses von den Parteien abgefaßt wird und in dem der Vertrag zu Beweis Zwecken festgehalten wird. Verträge, deren Gegenstandswert mehr als 50 NF beträgt, können nach Art. 1341 C. c. vor Gericht nur durch eine solche Urkunde bewiesen werden. Die Abfassung der Urkunde ist jedoch für das Rechtsgeschäft nicht konstitutiv, der Vertrag ist auch ohne sie wirksam, es sei denn, es handele sich um den ganz seltenen Fall einer echten Formvorschrift¹⁾. — Daraus erklärt sich, daß die hier wiedergegebene Theorie die schriftliche Fixierung des Vertrages nicht als Erklärung des übereinstimmenden Vertragswillens, sondern als Erklärung über den bereits vollzogenen Vertragsschluß auffaßt. Die Urkunde wird also nicht als eine „wirkende“, sondern als eine „bezeugende“ Urkunde verstanden. Liegt nun aber, wie bei der Simulation, in Wirklichkeit eine vertragliche Einigung nicht vor oder ist ein anderer Vertrag abgeschlossen, so geben die Parteien mit der schriftlichen Erklärung gemeinsam ein falsches Zeugnis ab.

III. Manche Autoren scheinen der herrschenden Auffassung der zwei sich neutralisierenden Verträge zu folgen, ihre Definition ist jedoch widersprüchlich oder zumindest unklar. Sie sprechen davon, daß durch den Gegenvertrag ein nicht ernstlich gewollter Vertrag aufgehoben, bzw. ein teilweise nicht ernstlich gemeinter Vertrag abgeändert werde²⁾. Indem diese Autoren den offenen Vertrag als nicht gewollt bezeichnen, wollen sie vermutlich klarstellen, daß der offene Vertrag und der Gegenvertrag gleichzeitig geschlossen werden und ersterer daher nicht für einen einzigen Augenblick Wirksamkeit erlangt³⁾. Die Begriffsbestimmung wird dadurch aber widersprüchlich. Denn ein nicht ernsthaft gewollter Vertrag ist schon mangels Einigung

¹⁾ Vgl. zu der ganzen Frage, Carbonnier, Bd. 2, Nr. 127 und 124.

²⁾ Bartin, S. 86; Aubry et Rau (-Esmein), Bd. 12, § 756 bis; Lerebours-Pigeonnière, S. 182. **Unklar ferner:** Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Bd. 2, Nr. 799, 800; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 807, 808.

³⁾ Bartin, S. 139; Lerebours-Pigeonnière, S. 182.

nicht gültig (Art. 1108 C. c.). Er kann deshalb begrifflich nicht mehr durch einen Gegenvertrag aufgehoben werden.

IV. Eine besondere, bisher vereinzelt gebliebene Auffassung vertritt Madray. Seiner Meinung nach ist das simulierte bzw. dissimulierte Geschäft ein Rechtsgeschäft ohne *causa* oder mit einer *anderen causa* als die Vertragsurkunde angibt. Leider verzichtet der Autor darauf, diese Theorie etwas näher zu erläutern ¹⁾. — Zum besseren Verständnis sei bemerkt, daß gemäß Art. 1108, 1131 C. c. im Gegensatz zum deutschen Recht jeder Vertrag zu seiner Gültigkeit einer *causa* bedarf ²⁾.

B. Die Begriffsmerkmale im einzelnen

I. Die Simulation ist nach h. M. durch eine Kombination zweier sich widersprechender Verträge gekennzeichnet. Gegenstand der Simulation sind demnach nur Verträge.

Nach der erwähnten Definition gibt es also keine Simulation von Tatsachen. Dennoch wird zuweilen auch die Angabe eines falschen Datums in einer Vertragsurkunde oder in einem Testament als ein Fall der Simulation betrachtet ³⁾. Die Angabe eines falschen Datums läßt sich aber nur dann zwanglos unter den Begriff der Simulation bringen, wenn man derjenigen Meinung folgt, welche das Wesen der Simulation in der unrichtigen *Bezeugung* der wirklichen rechtsgeschäftlichen Situation sieht ⁴⁾.

Für einen erweiterten Simulationsbegriff ist Esmein in einer Anmerkung zu einem Urteil des Kassationshofes eingetreten ⁵⁾: Simulation soll auch dann vorliegen, wenn (rechtserhebliche) Tatsachen vorge täuscht oder verborgen werden, z. B. wenn das Vorhandensein eines Testaments verheimlicht wird.

Die Definition des simulierten Rechtsgeschäfts als eine Verbindung zweier sich widersprechender Verträge bedeutet weiter, daß nur zweiseitige, nicht aber einseitige Rechtsgeschäfte simuliert werden können. Es wird aber nicht selten die Ansicht geäußert, Simulation sei auch bei einseitigen Rechtsgeschäften möglich, jedenfalls soweit es sich um empfangsbedürftige Geschäfte handle ⁶⁾.

II. Der offene Vertrag wird durch den geheimen Gegenvertrag aufgehoben oder abgeändert. Der Gegenvertrag kann nun aber

¹⁾ Madray, Anmerkung zu Req. 28. 6. 1932, D. P. 1933, 1, 43.

²⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 275. Der Begriff der *causa* ist im einzelnen sehr streitig. Vgl. z. B. Carbonnier, Bd. 2, Nr. 109 — 114.

³⁾ Fourcade, S. 62; Cazal, *Etude théorique et pratique sur les actes simulés*, S. 116.

⁴⁾ Siehe oben A. II., S. 34 f.

⁵⁾ Req. 20. 10. 1926, Sir. 1927, 1, 73 (74).

⁶⁾ Rieg, S. 503; Demogue, I, Bd. 1, Nr. 159; Esmein, Anm. zu Req. 20. 10. 1926, Sir. 1927, 1, 73 (74).

den offenen Vertrag nur dann wirksam abändern, wenn er von den-
selben Parteien geschlossen worden ist. Die Parteien des
offenen Vertrages und des geheimen Gegenvertrages müssen dem-
nach identisch sein ¹⁾).

Diese Voraussetzung ist allerdings beim Geschäft des sog. prête-
nom, des mittelbaren Stellvertreters, nicht erfüllt. Erläuternd muß hier
hinzugefügt werden, daß die mittelbare Stellvertretung in Frankreich
überwiegend als ein Fall der Simulation angesehen wird ²⁾. In dem
Geschäft, das der mittelbare Stellvertreter (der Strohmännchen) mit dem
Dritten schließt, erblickt man den offenen Vertrag. Der Geschäftsbe-
sorgungsvertrag zwischen Geschäftsherrn und mittelbarem Stellver-
treter wird als geheimer Gegenvertrag betrachtet, der die Wirkungen
des offenen Vertrages abändert, indem er Rechte und Pflichten auf
den Geschäftsherrn überträgt.

Wenn man sich der Meinung anschließt, es handele sich beim prête-
nom um einen Fall des Scheingeschäfts, so muß man doch zugleich
hervorheben, daß hier die Parteien des offenen Vertrages und die Par-
teien des versteckten Vertrages ausnahmsweise nicht identisch sind.

Das Problem des prête-nom wird im übrigen bei der Abgrenzung
des simulierten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften näher
erörtert werden.

III. Der geheime Gegenvertrag muß gleichzeitig oder frü-
her als der offene Vertrag geschlossen werden. Ein Vertrag, der ein
bereits wirksames Rechtsgeschäft nachträglich aufhebt oder abändert,
ist keine contre-lettre im Sinne des Art. 1321 C. c. ³⁾).

IV. Der Gegenvertrag wird geheim gehalten, so daß Dritte
nur den offenen Vertrag zu Gesicht bekommen. Dadurch entsteht für
die Umwelt im Vergleich zur wirklichen Rechtslage ein falscher Schein.
Dieser Schein ist von den Parteien gewollt, ja er ist gerade der Zweck
dieser eigenartigen Kombination zweier Verträge.

Zwar wird die Absicht, einen falschen Schein hervorzurufen, im all-
gemeinen nicht zu den Begriffsmerkmalen der Simulation gezählt ⁴⁾,
sie ist aber unlösbar damit verbunden ⁵⁾. Das kommt auch dort zum
Ausdruck, wo man die Simulation als eine „Lüge“ charakterisiert ⁶⁾.
Einigen Autoren zufolge gehört es sogar zum Begriff der Simulation,
daß die Parteien den Zweck verfolgen, Dritte zu täuschen ⁷⁾.

¹⁾ Bartin, S. 86.

²⁾ Req. 11. 3. 1890, D. P. 1893, 1, 369 mit Anm. Beudant; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1505; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 586, 593, 594; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122; Boulanger, in: Dalloz Rép. dr. civ., „Simulation“, Nr. 9 – 11; Coste, Du prête-nom, S. 8; Desbleumortiers, La simulation par l'emploi d'un tiers, S. 15, 51; Fourcade, S. 52.

³⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 808; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Bd. 2, Nr. 800.

⁴⁾ Vgl. Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 586; Rieg, S. 497; Bredin, Rev. trim. 1956, S. 265.

⁵⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 808.

⁶⁾ Vgl. oben A. II., S. 35.

⁷⁾ Josserand, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, S. 240; Rousseau, S. 51.

C. Die Wirkungen der Simulation unter den Partelen

I. Zunächst sollen die Wirkungen des offenen Vertrages (*acte ostensible, acte apparent*) erörtert werden.

1. Um die Wirkungen des offenen Vertrages zu bestimmen, ist von der rechtsgeschäftlichen Struktur des Simulationstatbestandes auszugehen.

Demgemäß ist festzustellen, daß bei der absoluten Simulation die Wirkungen des offenen Vertrages von vornherein durch den Gegenvertrag aufgehoben werden. Der offene Vertrag kann daher keinerlei rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten.

Bei der relativen Simulation werden die Wirkungen des offenen Vertrages verändert. Deshalb entfaltet der offene Vertrag nicht die seinem Inhalt entsprechende Wirkung. Der offene Vertrag als solcher, d. h. als das durch seinen gesamten Inhalt unverwechselbar gekennzeichnete Rechtsgeschäft, ist daher wirkungslos. Er ist lediglich in der veränderten Gestalt wirksam, die er durch den Gegenvertrag erhält. Zum Beispiel ist der Kaufvertrag, welcher durch einen Gegenvertrag in eine Schenkung abgewandelt worden ist, als Kaufvertrag wirkungslos und lediglich als Schenkungsvertrag wirksam.

Betrachtet man also die rechtsgeschäftliche Struktur des Simulationstatbestandes, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der offene Vertrag als solcher wirkungslos ist.

2. Im 19. Jahrhundert war allerdings in der Rechtsprechung eine Auffassung verbreitet, die praktisch zum entgegengesetzten Ergebnis kam. Man erklärte das simulierte Geschäft zwar nicht für wirksam, aber man versagte den Simulanten die Berufung auf die Simulation unter Hinweis auf den Grundsatz „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“¹⁾. Man betrachtete die Simulation, mit der die Parteien die Täuschung Dritter bezweckten, als Verstoß gegen die guten Sitten und war der Meinung, die Simulanten könnten sich nicht auf dieses eigene sittenwidrige Handeln berufen. Wer also zum Beispiel die Herausgabe seiner nur zum Schein veräußerten Sache verlangte, wurde mit seiner Klage abgewiesen.

3. Diese Auffassung hat sich nicht durchgesetzt und wird heute nicht mehr vertreten. Der Kassationshof hat sie ausdrücklich zurückgewiesen²⁾. Denn Art. 1321 C. c., der die Wirksamkeit des Gegenvertrages auf die Vertragsparteien beschränkt, geht erkennbar davon aus, daß der Gegenvertrag und damit die Simulation von den Parteien auch geltend gemacht werden kann. Es wird weiter hervorgehoben,

¹⁾ Chambéry, 6. 5. 1861, Sir. 1861, 2, 563; Dalloz, Répertoire de législation, de doctrine et de jurisprudence, Bd. 33, Paris 1860, „Obligations“, Nr. 1033 mit einer Anzahl von Nachweisen. Vgl. auch die vom Kassationshof aufgehobene Entscheidung des „Tribunal de Bourges“ in: Civ. 25. 4. 1887, D. P. 1887, 1, 397.

²⁾ Civ. 25. 4. 1887, D. P. 1887, 1, 397.

daß die Simulation nicht immer unredlichen Zwecken diene, häufig entspringe sie lediglich dem berechtigten Wunsch, ein privates Geschäft nicht an die Öffentlichkeit dringen zu lassen und Indiskretionen zu vermeiden¹⁾. Ferner sei es unbillig, den Scheinerwerber um den zum Schein veräußerten Gegenstand zu bereichern, da er ja an dem unsittlichen Verhalten im gleichen Maße beteiligt sei wie der Scheinveräußerer²⁾. Schließlich liege es im Interesse der Rechtsordnung, wenn die wirklichen Rechtsbeziehungen offenbar würden; denn häufig wolle man durch die Verschleierung der wahren Rechtslage die Anwendung einer zwingenden gesetzlichen Vorschrift verhindern³⁾. Aus diesen Gründen dürfe die Privatautonomie im Falle der Simulation nicht eingeschränkt werden⁴⁾.

Heute ist es einhellige Meinung, daß die Parteien sich untereinander auf die Simulation berufen können. Das bedeutet, daß das in dem offenen Vertrag enthaltene Rechtsgeschäft wirkungslos ist⁵⁾.

4. Dieser Grundsatz wird allerdings in einigen Fällen durchbrochen.

a) Die erste Ausnahme betrifft Verträge, durch die ein „office ministériel“ übertragen wird. Ein office ministériel ist eine öffentliche Funktion, deren Ausübung Privatpersonen gegen Entgelt überlassen wird. Das Hauptbeispiel ist das Notariat. Das Recht, eine solche öffentliche Funktion auszuüben, kann unter der Bedingung behördlicher Genehmigung abgetreten werden. Der vereinbarte Preis muß durch die Chancellerie genehmigt werden; man will dadurch verhüten, daß ein unangemessen hoher Preis vereinbart wird, der den Zessionar zur Ausbeutung der Klienten verleiten könnte. Die Parteien versuchen nun häufig, diese Bestimmungen dadurch zu umgehen, daß sie den im Abtretungsvertrag angegebenen Preis durch einen geheimen Gegenvertrag erhöhen⁶⁾.

Art. 1793 Code général des impôts⁷⁾ bekämpft diese Simulation, indem er den Gegenvertrag für nichtig erklärt. Das bedeutet, daß der offene Vertrag mit dem geringeren Preis rechtsverbindlich wird⁸⁾. Der offene Vertrag entfaltet die seinem Inhalt entsprechende Wirkung, weil ja der ihn beherrschende Gegenvertrag nichtig ist. Die französische Simulationslehre vom Vertrag und Gegenvertrag wird hier folgerichtig zu Ende gedacht. Einige Autoren weisen jedoch auf das Ungewöhnliche dieser Lösung hin, daß nämlich mit dem offenen Vertrag ein

¹⁾ Josserand, S. 241.

²⁾ Rousseau, S. 132.

³⁾ Bredin, Rev. trim. 1956, S. 278; Cazal, S. 53.

⁴⁾ Bredin, aaO.

⁵⁾ Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 334; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 607; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122 A. b. 1; David, De l'action en déclaration de simulation, S. 33, 71.

⁶⁾ Zur ganzen Frage der offices ministériels vgl. Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 2877 ff.

⁷⁾ In Kraft getreten durch Dekret vom 6. 4. 1950, Journ. off. vom 30. April, S. 4469.

Die Bestimmung des Art. 1793 Code général des impôts war früher in Artt. 6 und 7 des Gesetzes vom 27. 2. 1912 (Journ. off. vom 28. Februar; D. P. 1912, 4, 18 ff., 27 f.) enthalten.

⁸⁾ Civ. 25. 3. 1931, D. P. 1931, 1, 62; Req. 18. 7. 1934, D. H. 1934, 476; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 603.

Rechtsgeschäft wirksam wird, das die Parteien in Wirklichkeit gar nicht gewollt haben ¹⁾).

b) Eine entsprechende Regelung gilt für Kauf- und Mietverträge über ein Grundstück sowie für Kaufverträge über ein Handelsunternehmen (*fonds de commerce*). Bei diesen Geschäften vereinbaren die Parteien häufig in einer *contre-lettre* einen höheren Preis als sie in dem offenen Vertrag, den sie zur steuerlichen Registrierung vorlegen, angeben. Auf diese Weise versuchen sie, einen Teil des Kauf- oder Mietpreises der Besteuerung zu entziehen.

Art. 1793 *Code général des impôts* erklärt auch hier den geheimen Gegenvertrag für nichtig und erhält damit den offenen Vertrag mit dem geringen Entgelt aufrecht ²⁾).

c) Ungelöst erscheint die Frage, ob eine nur zum Schein eingegangene Ehe gültig ist. Mitunter wird dieser Fall gar nicht als *Simulation* im eigentlichen Sinne angesehen; denn von einem Gegenvertrag könne hier nicht die Rede sein, vielmehr handele es sich um das Fehlen der vertraglichen Einigung ³⁾. Aber vor allem über die Wirkungen eines nur vorgetäuschten Eheschließungswillens ist man sich nicht einig.

Die eine Meinung betrachtet die simulierte Eheschließung als gültig ⁴⁾. Sie verweist auf die große Bedeutung der Ehe als einer „*institution d'ordre public*“ und auf die dementsprechende feierliche Form der Eheschließung. Außerdem bestehe die Gefahr, daß die *Simulation* der Eheschließung immer dann vorgeschützt werde, wenn die Partner die Ehe ohne Scheidungsgrund auflösen wollten; die sichere Feststellung der *Simulation* sei deshalb schwierig ⁵⁾.

Eine andere Meinung hält eine von den Partnern nicht ernsthaft gewollte Eheschließung für wirkungslos ⁶⁾. Die Wahrheit soll auch bei der Eheschließung über den bloßen Schein siegen.

d) Eine simulierte Adoption wird – soweit man sich mit dieser Frage überhaupt befaßt – als gültig angesehen ⁷⁾. Im Vordergrund steht dabei die ganz allgemein formulierte Überlegung, daß bei Rechtsgeschäften, die den Personenstand der Beteiligten berühren, eine so weitgehende und willkürliche Parteiherrschaft ausgeschlossen sein müsse ⁸⁾.

¹⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 815, 816; Fourcade, S. 22 ff.

²⁾ Req. 18. 7. 1934, D. H. 1934, 476.

³⁾ Bredin, *Rev. trim.* 1956, S. 273.

⁴⁾ Tribunal de Bayonne, 9. 4. 1936, *Sir.* 1936, 2, 124; Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 334; Demogue, I., Bd. 1, Nr. 164; Fourcade, S. 67.

⁵⁾ Vgl. Anmerkung J. Mazeaud zu: Tribunal de la Seine, 7. 1. 1948, J. C. P. 1948, II, 4430.

⁶⁾ Tribunal de la Seine, 7. 1. 1948, J. C. P. 1948, II, 4430 mit zustimmender Anmerkung J. Mazeaud. Carbonnier, Bd. 1, Nr. 96 A b, 99.

⁷⁾ Demogue, I., Bd. 1, Nr. 164; Rieg, Nr. 496, S. 508; ebenso für den Fall der sog. Namensadoption Bredin, *Rev. trim.* 1956, S. 266, 267.

⁸⁾ Demogue, aaO.; Rieg, aaO.

5. Ist der offene Vertrag auch materiellrechtlich wirkungslos, so hat er doch eine „tatsächliche“, genauer gesagt: eine prozeßrechtliche Wirkung. Wer die Wirksamkeit des offenen Vertrages bestreitet, muß beweisen, daß seine Wirkungen durch einen Gegenvertrag aufgehoben oder abgeändert sind. Wer die Simulation eines Rechtsgeschäfts geltend macht, trägt hierfür die Beweislast¹⁾. Denn für sich betrachtet, weist der offene Vertrag alle Merkmale auf, die für die Wirksamkeit eines Vertrages erforderlich sind. Der dadurch geschaffene Rechtsschein entfaltet daher vorläufig seine Wirkungen, und zwar solange, bis die Simulation und damit die Wirkungslosigkeit des offenen Vertrages bewiesen ist²⁾.

Die Möglichkeit, die Simulation eines Rechtsgeschäfts im Prozesse geltend zu machen und zu beweisen, wird im allgemeinen als ein selbständiges Klagerecht angesehen. Die Parteien haben eine „action en déclaration de simulation“³⁾. Dadurch werden die Parteien in den Stand gesetzt, die Simulation im Wege einer Feststellungsklage geltend zu machen, ohne zugleich eine Leistungsklage erheben zu müssen. Daß es dazu eines besonderen Klagerechts, einer „action“ bedarf, erklärt sich daraus, daß die Feststellungsklage im Gegensatz zum deutschen Recht als allgemeines Rechtsinstitut unbekannt ist⁴⁾. In der Regel wird die Simulation allerdings als klagebegründende Tatsache oder als Einwendung im Rahmen einer Leistungsklage geltend gemacht⁵⁾. Es erscheint eigentlich ungenau, auch in diesem Fall von einer besonderen action en déclaration de simulation zu sprechen. Denn hier wird keine selbständige Klage erhoben, sondern die Partei beruft sich lediglich zur Stützung ihres Klageantrages auf die wirkliche Rechtslage⁶⁾.

Sieht das Gericht die Simulation als erwiesen an und gründet es darauf seine Entscheidung, so spricht das Urteil nicht selten von einer „annulation“ des simulierten Rechtsgeschäfts⁷⁾. Diese Ausdrucksweise ist mißverständlich, denn der offene Vertrag entfaltet ja gar keine materiellrechtliche Wirkung, die aufgehoben werden könnte⁸⁾. Der mißverständliche Ausdruck „annulation“ wird allerdings nicht nur bei simulierten, sondern auch bei allen nichtigen Geschäften (actes nuls) gebraucht. Man weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß nur ein gerichtliches Urteil in der Lage sei, den falschen Schein zu zerstören, den das simulierte oder überhaupt jedes nichtige Geschäft

¹⁾ Cazal, S. 86; David, S. 100.

²⁾ Vgl. Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Bd. 2, Nr. 1392.

³⁾ David, S. 9; Cazal, S. 68, 69; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 825, 826.

⁴⁾ Vincent, in: Dalloz, Répertoire de procédure civile et commerciale, Bd. 1, Paris 1955, „Action“, Nr. 48.

⁵⁾ Vgl. Fourcade, S. 111.

⁶⁾ Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Bd. 2, 9. Aufl., Paris 1923, Nr. 1201, Anm. 1.

⁷⁾ z. B. Req. 13. 3. 1889, Sir. 1900, 1, 72; Civ. 7. 1. 1935, Sir. 1935, 1, 128.

⁸⁾ David, S. 33; Cazal, S. 77.

entstehen lasse. Ein Richterspruch sei notwendig, weil jede Selbsthilfe verboten sei ¹⁾).

6. Die Beweismittel, mit denen die Parteien die Simulation des von ihnen geschlossenen Rechtsgeschäfts dartun können, sind jedoch gesetzlich beschränkt.

Art. 1341 C. c. verlangt, daß Rechtsgeschäfte, deren Gegenstandswert 50 NF übersteigt, in einer Urkunde fixiert werden. Andernfalls ist das Rechtsgeschäft zwar nicht nichtig, aber es darf nicht durch Zeugen bewiesen werden. Ferner ist nach dieser Bestimmung jeder Zeugenbeweis unzulässig, der dem Inhalt einer Vertragsurkunde widerspricht oder diesen Urkundeninhalt ergänzt, und zwar unabhängig vom Gegenstandswert des Rechtsgeschäfts. — Mit dem Zeugenbeweis aber ist gemäß Art. 1353 C. c. zugleich auch ein auf tatsächliche Vermutungen gestützter Beweis ausgeschlossen.

Bei der Simulation ist nun der offene Vertrag fast stets in einer Urkunde festgehalten. Der geheime Gegenvertrag, der ja dem Inhalt dieser Urkunde widerspricht, kann daher weder durch Zeugen noch durch tatsächliche Vermutungen bewiesen werden. Das aber bedeutet, daß die Parteien die Simulation in der Regel nur dann beweisen können, wenn sie über den Gegenvertrag eine Urkunde errichtet haben und diese vorlegen ²⁾). Denn die übrigen zulässigen Beweismittel haben nur geringe praktische Bedeutung. Mit einem Geständnis des Prozeßgegners kann man nicht rechnen, und der gerichtliche Eid ist, wie Carbonnier sagt, ein Zufallsbeweis ³⁾).

Selbst in dem seltenen Fall, daß der offene Vertrag nur mündlich geschlossen worden ist, muß der geheime Gegenvertrag durch Urkunden bewiesen werden, sobald sein Gegenstandswert mehr als 50 NF beträgt ⁴⁾).

Die dargestellte Beweisbeschränkung erleidet allerdings einige Ausnahmen ⁵⁾). Auf dem Gebiete des Handelsrechts können Verträge mit allen Mitteln bewiesen werden. Ferner läßt Art. 1347 C. c. den Zeugenbeweis auch dann zu, wenn ein „*commencement de preuve par écrit*“ vorhanden ist, wenn also ein unvollständiger Urkundenbeweis geführt werden kann. Dasselbe gilt nach Art. 1348 C. c., wenn der Gläubiger außerstande war, sich eine Urkunde zu beschaffen oder wenn er die Urkunde durch höhere Gewalt verloren hat. Speziell bei der Simulation schließlich wird den Vertragsparteien der Zeugenbeweis in den-

¹⁾ Vgl. Carbonnier, Bd. 2, Nr. 131, S. 434; Colin-Capitant-Julliot de la Morandière, Bd. 2, Nr. 1392.

²⁾ Vgl. z. B. Civ. 9. 5. 1955, D. 1955, 467; Bredin, Rev. trim. 1956, S. 279; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 828.

³⁾ Carbonnier, Bd. 2, Nr. 127, S. 420.

⁴⁾ Bredin, Rev. trim. 1956, S. 279.

⁵⁾ Vgl. hierzu: Bredin, Rev. trim. 1956, S. 279, 280 und die dort zitierte Rechtsprechung; Fourcade, S. 118 ff.; Ripert-Boulanger, Bd. 1, Nr. 760, 794; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 128.

jenigen Fällen gestattet, in denen das dissimulierte Rechtsgeschäft gegen das Gesetz verstößt oder die Rechte eines Dritten verletzt ¹⁾).

Diese Ausnahmen können aber nicht verhindern, daß die grundsätzliche Notwendigkeit, die Simulation durch ein Schriftstück zu beweisen, faktisch die Wirkungslosigkeit des offenen Vertrages spürbar einschränkt. Denn wer die wirklichen Rechtsbeziehungen geheimhalten will, wird sich im allgemeinen hüten, darüber eine Urkunde zu errichten ²⁾).

II. 1. Nunmehr sind die Wirkungen des wirklich gewollten, des dissimulierten Vertrages darzustellen.

Im Falle relativer Simulation wird der offene Vertrag nicht gänzlich aufgehoben, sondern nur abgeändert. Vertrag und Gegenvertrag neutralisieren sich nicht, sondern bilden zusammen ein von den Parteien ernsthaft gewolltes Rechtsgeschäft ³⁾).

Das wirklich gewollte Geschäft wird häufig mit dem Gegenvertrag identifiziert ⁴⁾). Demgegenüber ist aber daran festzuhalten, daß die wahren Rechtsbeziehungen sich erst aus dem Zusammenspiel von offenem Vertrag und geheimem Gegenvertrag ergeben. Erst die Bezugnahme auf den offenen Vertrag macht den geheimen Vertrag zu einer *contre-lettre* im Sinne des Art. 1321 C. c. Das gilt selbst dann, wenn der Gegenvertrag die Gesamtheit der ernsthaft gewollten Rechtswirkungen noch einmal vollständig zum Ausdruck bringt, z. B. wenn der Gegenvertrag den offenen Kaufvertrag ausdrücklich in einen Schenkungsvertrag umwandelt. Im übrigen wird der Gegenvertrag keineswegs immer den Inhalt des wahren Vertrages vollständig wiedergeben, man denke nur an die geheime Erhöhung des in einem offenen Kaufvertrage angegebenen Preises.

Es empfiehlt sich daher, das wirklich gewollte Geschäft nicht mit dem Gegenvertrag gleichzusetzen, sondern es als dissimuliertes oder verstecktes oder wirkliches Rechtsgeschäft zu bezeichnen ⁵⁾).

Das wirklich gewollte Rechtsgeschäft ist wirksam. Der Vertrag ist nicht deshalb nichtig, weil er dissimuliert ist, d. h. weil er durch das Zusammenwirken eines offenen und eines geheimgehaltenen Gegenvertrages zustandekommt ⁶⁾). Diese ganz herrschende Auffassung findet ihren Ausdruck in dem vielzitierten Satz: „La simulation n'est pas

1) Civ. 21. 3. 1938, D. H. 1938, 257; Civ. 19. 10. 1948, Gaz. Pal. 1948, II, S. 238; Bredin, Rev. trim. 1956, S. 279, 280. Der Grund für diese Beweiserleichterung ist wohl darin zu finden, daß in diesen Fällen nicht nur einer der Simulanten, sondern auch die Allgemeinheit oder einzelne Dritte ein Interesse an der Aufdeckung des wahren Sachverhalts haben, vgl. Bredin, aaO., S. 278 (vorletzter Absatz).

2) Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 828.

3) Vgl. z. B. Civ. 18. 5. 1897, Sir. 1898, 1, 225.

4) z. B. Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 813; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122.

5) Vgl. David, S. 13.

6) Vgl. statt vieler: Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 335; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 596, 607.

une cause de nullité“¹⁾). Man entnimmt diese Regel dem Art. 1321 C. c., demzufolge die geheimen Gegenverträge unter den Parteien wirksam sind.

2. Die Wirksamkeit des dissimulierten Vertrages erscheint dem französischen Juristen aber durchaus nicht als selbstverständlich. Denn die Verschleierung, die die Umwelt über die wahre Natur des Vertrages täuschen soll, dient ja meistens unredlichen Zwecken. Es liegt daher der Gedanke nahe, das dissimulierte Geschäft aus dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit für nichtig zu erklären²⁾.

Im praktischen Ergebnis war dies auch die Auffassung der bereits erwähnten Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts³⁾: man versagte den Simulanten jede Berufung auf die Simulation unter Hinweis auf den Satz „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“. Den Parteien wurde es dadurch unmöglich gemacht, den durch den offenen Vertrag geschaffenen Schein zu entkräften und die wirklich gewollten Rechtsbeziehungen geltend zu machen⁴⁾.

Die Nichtigkeit jedes dissimulierten Geschäfts hält neuerdings Carbonnier rechtspolitisch für wünschenswert. Der Vorrang, der heute dem Interesse der Allgemeinheit gegenüber den Privatinteressen eingeräumt werde, müsse zu einer grundlegenden Überprüfung der liberalen Konzeption des Art. 1321 C. c. führen. In der großen Mehrzahl der Fälle bezwecke die Simulation einen Betrug, sei es zum Nachteil der Gläubiger, der Erben oder des Fiskus. Deshalb solle man die Simulation verbieten und den Gegenvertrag wie auch den offenen Vertrag für nichtig erklären⁵⁾.

3. Der Grundsatz, daß die Dissimulierung eines Vertrages kein Nichtigkeitsgrund ist, erleidet eine Ausnahme. Nach Art. 1099 C. c. sind „verkleidete“ Schenkungen unter Ehegatten nichtig. Da Schenkungen unter Ehegatten den gesetzlichen Beschränkungen der Artt. 1091 ff. C. c. unterliegen, wird ihr unentgeltlicher Charakter häufig unter einem entgeltlichen Vertrag verborgen. Das Gesetz begnügt sich nun nicht damit, jene Beschränkungen auch auf die dissimulierte Schenkung anzuwenden. Um von einer Verschleierung solcher Schenkungen abzuschrecken, erklärt Art. 1099 C. c. die dissimulierten Schenkungen unter Ehegatten für vollkommen nichtig. Erfolgt die Schenkung an einen Strohmann (*personne interposée*), so ist sie ebenfalls nach Art. 1099 C. c. völlig unwirksam⁶⁾.

¹⁾ Der Satz bezieht sich nicht auf das Scheingeschäft (den offenen Vertrag), sondern ausschließlich auf das dissimulierte Geschäft.

²⁾ Vgl. z. B. Bredin, *Rev. trim.* 1956, S. 263 (Bredin bezeichnet dabei mit „*acte simulé*“ auch das dissimulierte Geschäft); Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 596, 597.

³⁾ Siehe oben I. 2, S. 38.

⁴⁾ Bredin, *Rev. trim.* 1956, S. 263, 278.

⁵⁾ Carbonnier, Bd. 2, Nr. 123, „*Politique législative*“. Im selben Sinne: Bredin, *Rev. trim.* 1956, S. 263.

⁶⁾ Vgl. z. B. Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1550; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 605; Fourcade, S. 47.

Nichtig ist nach Art. 911 C. c. auch die dissimulierte Schenkung an solche Personen, die das Gesetz für unfähig erklärt, Schenkungen entgegenzunehmen, wie z. B. den Arzt, der den Schenker während der Krankheit gepflegt hat, an der er gestorben ist (Art. 909 C. c.). Hier ist die Schenkung aber in der Regel schon deshalb nichtig, weil sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, unabhängig davon, ob sie dissimuliert ist oder nicht ¹⁾.

Als Ausnahme von der grundsätzlichen Wirksamkeit des verdeckten Vertrages betrachtet man zuweilen auch zwei Fälle, die bereits in anderem Zusammenhang dargestellt worden sind. Wenn bei der Abtretung eines office ministériel das Entgelt durch einen geheimen Gegenvertrag erhöht wird, so ist nach Art. 1793 Code général des impôts der Gegenvertrag nichtig, und der offene Vertrag mit dem geringeren Kaufpreis wird allein aufrechterhalten. Es ist jedoch hervorzuheben, daß in diesem Falle lediglich der Gegenvertrag nichtig ist, nicht aber das gesamte wirklich gewollte Geschäft, das in der Kombination von Vertrag und Gegenvertrag besteht. Dasselbe gilt für den Fall, daß bei einem Kauf- oder Mietvertrag über ein Grundstück oder bei einem Kaufvertrag über ein Handelsunternehmen in Wahrheit ein höherer Preis vereinbart wird, als er im offenen Vertrag angegeben ist ²⁾.

4. Das dissimulierte Geschäft ist natürlich auch dann unwirksam, wenn es die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt. Verstößt es z. B. gegen ein gesetzliches Verbot, so ist es ebenso nichtig, wie wenn es offen abgeschlossen worden wäre.

Etwas anderes gilt jedoch nach h. M. für das Formerfordernis einer Schenkung, die durch einen Kaufvertrag oder einen sonstigen entgeltlichen Vertrag dissimuliert wird. Nach Art. 931 C. c. müssen Schenkungsverträge notariell beurkundet werden, andernfalls sind sie nichtig. Sehr häufig wollen die Parteien diese umständliche Beurkundung vermeiden. Zu diesem Zweck schließen sie einen privatschriftlichen Kaufvertrag, vereinbaren aber zugleich in einem geheimen Gegenvertrag, daß der Kaufpreis nicht zu zahlen sei, daß also die mit dem Kaufvertrag verbundene Eigentumsübertragung unentgeltlich erfolgen solle. Um den Anschein eines ernsthaften Kaufvertrages vollkommen zu machen, wird häufig noch fälschlich die Bezahlung des Kaufpreises quittiert. Die Rechtsprechung und mit ihr die h. L. halten diese dissimulierte Schenkung für gültig, obwohl die notarielle Form weder durch den offenen Vertrag noch durch den geheimen Gegenvertrag erfüllt ist ³⁾.

Diese Auffassung wird mit folgenden Argumenten verteidigt: Art. 1099 C. c. erkläre die dissimulierten Schenkungen unter Ehegatten für

¹⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1378.

²⁾ Vgl. dazu Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 601, 603; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122, B a.

³⁾ z. B. Civ. 3. 11. 1896, D. P. 1897, 1, 584; Civ. 13. 5. 1952, Gaz. Pal. 1952, II, 105; Planiol-Ripert (-Transbot-Loussouarn), Bd. 5, Nr. 425; Ripert-Boulanger, Bd. 4, Nr. 3350, 3351.

nichtig; das erlaube den Umkehrschluß, daß das Gesetz die verdeckten Schenkungen in allen anderen Fällen als gültig ansehe. Ein entsprechendes Argument lasse sich aus Art. 911 C. c. herleiten. Außerdem könnten Schenkungen, d. h. unentgeltliche Bereicherungen in jedem Geschäft enthalten sein, z. B. im Erlaß einer Schuld. Wenn man solche indirekten Schenkungen formlos zulasse, müsse dasselbe für dissimulierte Schenkungen gelten. Außerdem verlange die Dissimulierung der Schenkung einen hohen Grad von Aufmerksamkeit, so daß der Schenker sich der Tragweite des Geschäfts ebenso bewußt werde wie bei notarieller Beurkundung; der Zweck der Formvorschrift werde also auch hier erreicht ¹⁾).

Diese Beweisführung erscheint nicht überzeugend ²⁾. Wie schwach das *argumentum e contrario* aus den Artt. 1099 und 911 C. c. ist, betonen selbst Vertreter der herrschenden Meinung ³⁾. Die sodann vorgenommene Gleichstellung von indirekter und dissimulierter Schenkung ist unzulässig, denn die indirekte Schenkung ist die Nebenwirkung eines anderen Vertrages, der im Gegensatz zum Scheinvertrag mit allen seinen Wirkungen ernsthaft gewollt ist. Schließlich ist nicht einzusehen, warum die zwingende Formvorschrift des Art. 931 C. c. nicht mehr gelten soll, wenn die Schenkung nicht offen abgeschlossen wird, sondern als Kaufvertrag getarnt wird. Der uneingestandene Beweggrund der herrschenden Auffassung ist wohl die Meinung, daß die Formvorschrift des Art. 931 C. c. zu streng sei ⁴⁾.

Die Frage der Dissimulation formbedürftiger Geschäfte spielt ansonsten im französischen Recht kaum eine Rolle, da es nur ganz wenige Verträge gibt, deren Gültigkeit von der Einhaltung einer bestimmten Form abhängt ⁵⁾.

5. Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß die grundsätzliche Wirksamkeit des wirklich gewollten Vertrages durch die Beweisbeschränkung des Art. 1341 C. c. abgeschächt wird. Die Parteien können den Gegenvertrag in der Regel nur durch Urkunden beweisen ⁶⁾. Dadurch wird im praktischen Ergebnis nicht nur die Unwirksamkeit des offenen Vertrages eingeschränkt, sondern es wird ebenso die Wirksamkeit des dissimulierten Vertrages eingeschränkt.

D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten

I. Die durch den geheimen Gegenvertrag geschaffene wahre Rechtslage kann für Dritte vorteilhaft sein. So ist es für den Gläubiger vorteilhaft, daß der Schuldner sein Grundstück nur zum Schein veräußert

¹⁾ Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierte Literatur.

²⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1481, 1490; Fourcade, S. 35 — 47.

³⁾ Ripert-Boulanger, Bd. 4, Nr. 3350, 3351.

⁴⁾ Vgl. Planiol-Ripert-(Trasbot-Loussouarn), Bd. 5, Nr. 425, Anm. 1; Fourcade, S. 100.

⁵⁾ Vgl. Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 66, 68.

⁶⁾ Siehe oben I. 6., S. 42.

hat, d. h. daß er die offen vorgenommene Veräußerung durch einen geheimen Gegenvertrag neutralisiert hat ¹⁾). Jeder, der ein rechtliches Interesse daran hat, kann sich auf den Gegenvertrag berufen ²⁾); er beruft sich damit zugleich auf die Wirkungslosigkeit des offenen Vertrages und – im Falle relativer Simulation – auf das wirklich gewollte Geschäft. Wenn Art. 1321 C. c. bestimmt, daß die geheimen Gegenverträge nicht zu Lasten Dritter wirken (*elles n'ont point d'effet contre les tiers*), so schließt er doch nicht aus, daß sie zugunsten Dritter wirken.

Die Möglichkeit des Dritten, den falschen Schein zu entkräften und sich auf die wahren Rechtsbeziehungen zu berufen, wird als ein selbstständiges Klagerecht angesehen: wer ein rechtliches Interesse an der Aufdeckung der Simulation hat, besitzt eine „*action en déclaration de simulation*“ ³⁾). Da die Feststellungsklage keine allgemeine Einrichtung des französischen Prozeßrechts ist, versetzt erst die *action en déclaration de simulation* den Dritten in den Stand, die Simulation auch im Wege einer Feststellungsklage geltend zu machen. Die Simulation kann natürlich auch lediglich präjudiziell sein, d. h. von dem Dritten als klagebegründende Tatsache oder als Einwendung vorgebracht werden ⁴⁾).

Um die Simulation darzutun, können die Dritten alle Beweismittel verwenden. Im Gegensatz zu den Parteien des simulierten Vertrages und ihren Gesamtrechtsnachfolgern können sie die Simulation auch durch Zeugen und durch tatsächliche Vermutungen beweisen. Denn die Dritten sind ja nicht in der Lage, sich einen Urkundenbeweis zu verschaffen (Art. 1348 C. c.). Die Vereinbarungen der Simulanten sind für sie einfache „Tatsachen“, für die man von ihnen einen Urkundenbeweis nicht verlangen kann ⁵⁾).

Der Beweis der Simulation ist demnach für dritte Personen leichter als für die Parteien selbst. Insofern ist für Dritte die Unwirksamkeit des offenen Vertrages in höherem Maße Wirklichkeit als für die Parteien selbst. Dasselbe gilt umgekehrt von der Wirksamkeit des dissimulierten Vertrages. Diese Regelung entspricht dem Anliegen, die Mitwelt, die das Opfer der Täuschung werden sollte, vor den Nachteilen der Simulation zu schützen.

II. 1. Der Gegenvertrag kann für Dritte aber auch nachteilig sein. Insbesondere wer im Vertrauen auf den offenen Vertrag Rechtsgeschäfte vornimmt, ist durch den geheimen Gegenvertrag in seinen Rechten bedroht. Hier greift Art. 1321 C. c. mit seinem zweiten Halb-

¹⁾ Vgl. z. B. Nîmes, 16. 5. 1927, D. P. 1929, 2, 68.

²⁾ Civ. 11. 4. 1927, Sir. 1927, 1, 262; Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 338, 340; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 825, 826.

³⁾ Vgl. die Nachweise der vorigen Anmerkung.

⁴⁾ Vgl. oben C. I. 5., S. 41.

⁵⁾ Req. 31. 7. 1872, D. P. 1873, 1, 340; Req. 8. 12. 1937, D. H. 1938, 114; Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 342; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 828.

satz ein: die geheimen Gegenverträge wirken nicht zu Lasten Dritter. Infolgedessen ist der offene Vertrag dem Dritten gegenüber wirksam, da er nicht mehr durch den Gegenvertrag seiner Wirkung beraubt wird.

Diese Bestimmung des Art. 1321 C. c. wird als ein Anwendungsfall des Rechtsscheingedankens angesehen ¹⁾. Wer auf den durch den offenen Vertrag geschaffenen Rechtsschein vertraut, wird geschützt, indem der offene Vertrag zu seinen Gunsten aufrechterhalten wird.

Gleichzeitig wird der wahre Berechtigte, der die Umwelt durch den falschen Schein täuschen will, bestraft, indem er sein Recht zugunsten des Dritten aufgeben muß ²⁾. Die Furcht vor dieser Folge ist zugleich ein Anreiz, der Wahrheit die Ehre zu geben und auf die Simulation von Rechtsgeschäften zu verzichten ³⁾.

Der Privatautonomie der Parteien ist hier eine Schranke gesetzt. Zwar gibt Art. 1321 C. c. der Privatautonomie insoweit Raum, als er den Gegenvertrag unter den Parteien wirksam sein läßt; das Gesetz verzichtet darauf, den Gegenvertrag wegen der Täuschungsabsicht für vollkommen nichtig zu erklären. Zum Nachteile Dritter darf er aber nicht wirken. An den berechtigten Interessen Dritter findet die Privatautonomie der Parteien ihre Grenze ⁴⁾.

2. Es sind vor allem zwei Gruppen von Personen, deren Rechtssphäre durch die Simulation eines Vertrages, der zwischen zwei anderen Personen geschlossen ist, berührt werden kann und die deshalb ein Interesse an der Wirksamkeit des offenen und der Unwirksamkeit des verdeckten Vertrages haben können.

Die erste Gruppe umfaßt die „ayants cause particuliers“, d. h. die Einzelrechtsnachfolger der Parteien. Im Vordergrund steht der Fall, daß der Dritte einen nur zum Schein veräußerten Gegenstand vom Scheinberechtigten erwirbt. Der Grundsatz „nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet“ wird hier durch Art. 1321 C. c. durchbrochen. Wer z. B. eine Sache vom Scheineigentümer erwirbt, wird Eigentümer, denn der Gegenvertrag, der den Erwerb des Scheineigentümers verhindert, kann ihm nicht entgegengehalten werden ⁵⁾.

Hat der Dritte jedoch im Zeitpunkt des Erwerbes die Simulation gekannt, so kann er nicht vom Scheinberechtigten erwerben. Denn der Gegenvertrag ist dann nicht mehr geheim, er ist keine contre-lettre mehr im Sinne des Art. 1321 C. c. ⁶⁾. Leichte oder auch grobe Fahrlässigkeit hingegen schließt den gutgläubigen Erwerb nicht aus ⁷⁾.

¹⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 829; vgl. auch Lerebours-Pigeonnière, S. 77.

²⁾ Lerebours-Pigeonnière, S. 77; Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 337.

³⁾ Bredin, Rev. trim. 1956, S. 262, 263.

⁴⁾ Bredin, aaO., S. 264.

⁵⁾ Vgl. z. B. Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 337; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 819.

⁶⁾ Civ. 8. 3. 1893, D. P. 1893, 1, 243; Req. 15. 7. 1896, D. P. 1897, 1, 460; Lerebours-Pigeonnière, S. 79.

⁷⁾ Vgl. die in Anm. 6 angeführten Nachweise.

Beim Erwerb beweglicher Sachen spielt die Schutzvorschrift des Art. 1321 C. c. allerdings kaum eine Rolle ¹⁾. Es gilt Art. 2279 C. c.: „en fait de meubles, la possession vaut titre“. Wer das Eigentum (oder ein sonstiges Recht) an einer beweglichen Sache von einem Nichtberechtigten erwirbt, wird Eigentümer, wenn er gutgläubig ist und den Besitz erlangt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Sache abhanden gekommen ist.

Beim Erwerb von Immobilienrechten kann Art. 1321 C. c. hingegen sehr bedeutsam sein. Zwar sind alle Rechtsgeschäfte über Grundstücke gemäß dem Dekret vom 4. 1. 1955 ²⁾ zu „publizieren“, indem der Vertrag in notariell beurkundeter Form im „bureau des hypothèques“ niedergelegt wird. Aber wer im Vertrauen auf eine solche Publikation vom Nichtberechtigten erwirbt, wird in seinem guten Glauben nicht geschützt. Hierzu bedarf es einer kurzen Erläuterung: Die Publikation hat im französischen Grundstücksrecht nur eine begrenzte Bedeutung. Die Übertragung und Bestellung von Grundstücksrechten vollzieht sich bereits mit der (kausalen) Einigung der Parteien. Wird die Publikation aber unterlassen, so kann das für den Erwerber eine unangenehme Folge haben. Ist der Veräußerer nämlich unredlich und veräußert er das Grundstück ein zweites Mal, so kann der erste Erwerber dem zweiten Erwerber sein Eigentum nur dann entgegenhalten, wenn er das Erwerbsgeschäft publiziert hat. Ansonsten hat die Publikation keine Bedeutung für die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Insbesondere kann die Publikation eines Rechtsgeschäfts niemals dessen Unwirksamkeit heilen ³⁾.

Wird ein Grundstück zum Schein veräußert, so werden die Parteien in der Regel nur den offenen Vertrag publizieren. Verläßt sich ein Erwerber auf diese Publikation und erwirbt er vom Scheineigentümer, so wird er durch die Publikation nicht geschützt ⁴⁾. Die Publikation vermag nicht die mangelnde Verfügungsmacht des Veräußerers zu heilen. Allein Art. 1321 C. c. schützt den gutgläubigen Erwerber von Grundstücksrechten gegen den Einwand der Simulation.

Auch beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Forderungen, bei dem es einen allgemeinen Schutz des guten Glaubens nicht gibt, ist Art. 1321 C. c. unentbehrlich.

3. Die zweite Gruppe von Personen, deren Rechtssphäre durch die Simulation berührt wird und die ein Interesse an der Aufrechterhaltung des offenen Vertrages haben können, sind die „créanciers chirographaires“, die Gläubiger des Scheinerwerbers oder des sonstigen

¹⁾ Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 612.

²⁾ Journ. off. vom 7. Januar, S. 346; D. 1955, législation, 44. Früher Gesetz vom 23. 3. 1855 (Bulletin des Lois, Nr. 2474; D. P. 1855, 4, 27).

³⁾ Vgl. zur ganzen Frage der „publicité foncière“: Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 692, 706, 707, 717.

⁴⁾ Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 612; Fourcade, S. 95; Nîmes, 16. 5. 1927, D. P. 1929, 2, 68. Str., a. A. Aubry et Rau (-Esmein), Bd. 12, § 756 bis, Anm. 28.

Scheinberechtigten. Sie haben vielleicht gerade im Vertrauen auf einen Scheinerwerb ihres Schuldners mit diesem kontrahiert, ihm Kredit gegeben oder auf die Bestellung einer dinglichen Sicherheit verzichtet. Nach ständiger Rechtsprechung, die in der Literatur einmütige Zustimmung findet, kann der Gegenvertrag den Gläubigern des Scheinberechtigten nicht entgegengehalten werden. Wird z. B. das Mobiliar eines Hauses nur zum Schein veräußert und vollstreckt ein Gläubiger des Scheinerwerbers in diese Gegenstände, so ist die Vollstreckung wirksam ¹⁾. Der Konkursverwalter kann einen nur scheinbar auf den Gemeinschuldner übertragenen Gegenstand zur Konkursmasse einziehen ²⁾.

Die Gläubiger des Scheinberechtigten können sich selbst dann auf den offenen Vertrag berufen, wenn sie ihn beim Vertragsschluß gar nicht gekannt haben und durch die Simulation daher keinen Schaden haben erleiden können ³⁾. Dazu gehört auch der Fall, daß die Forderung, um deren Verwirklichung es geht, im Zeitpunkt, als der Schuldner den Scheinerwerb machte, bereits bestand ⁴⁾. Der Rechtscheingedanke, der ja von dem Vertrauen ausgeht, das dem falschen Schein entgegengebracht wird, kann die Begünstigung dieser Gläubiger nicht mehr rechtfertigen. Lerebours-Pigeonnière erklärt sie aus der Schwierigkeit, im Einzelfall nachzuweisen, ob der Gläubiger auf das Scheingeschäft vertraut und dadurch einen Schaden erlitten hat. Er weist darauf hin, daß ein späteres Scheingeschäft den Gläubiger immerhin davon abgehalten haben kann, auf eine schnelle und rechtzeitige Zurückzahlung zu dringen ⁵⁾. Esmein sieht den Grund für jene vorteilhafte Behandlung der Gläubiger in einer zivilrechtlichen Strafe, mit der die Unaufrichtigkeit des Scheinveräußerers geahndet wird ⁶⁾.

4. Dritte Personen sind daher gegenüber dem simulierten bzw. dissimulierten Rechtsgeschäft in einer eigenartigen Situation: sie können ihrem Interesse entsprechend wählen, ob sie sich auf die wahren Rechtsbeziehungen berufen wollen oder ob sie die Parteien an dem offenen Vertrag festhalten wollen. Man spricht deshalb häufig von einem Wahlrecht (*droit d'option*) dritter Personen ⁷⁾.

Aus dieser Zwiespältigkeit der Rechtslage können nun zwischen mehreren Dritten, deren Interessen entgegengesetzt sind, Konflikte entstehen.

Diese Fälle bereiten der Praxis nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Die Rechtsprechung zu dieser Frage bietet durchaus kein einheitliches

¹⁾ Civ. 20. 4. 1863, D. P. 1863, 1, 185.

²⁾ Req. 3. 1. 1883, Sir. 1883, 1, 69; vgl. weiter Civ. 29. 6. 1881, D. P. 1882, 1, 106; Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 337, 340.

³⁾ Caen, 17. 5. 1873, Sir. 1874, 2, 46; Civ. 8. 3. 1893, D. P. 1893, 1, 243.

⁴⁾ Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 337; Lerebours-Pigeonnière, S. 80.

⁵⁾ Lerebours-Pigeonnière, S. 80, 81.

⁶⁾ Esmein, Anmerkung zu Req. 20. 10. 1926, Sir. 1927, 1, 73.

⁷⁾ z. B. Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 823; Civ. 25. 4. 1939, D. P. 1940, 1, 12.

Bild, und der Rechtslehre ist es bisher, soweit ersichtlich, noch nicht gelungen, die für die Entscheidung dieser Interessenkonflikte maßgebenden Kriterien deutlich herauszuarbeiten ¹⁾. Es erscheint daher angebracht, die einschlägigen Entscheidungen der Appellationsgerichte und des Kassationshofes kurz wiederzugeben.

Der Appellationshof in Algier hatte im Jahre 1896 folgenden Fall zu entscheiden ²⁾:

V hatte durch einen simulierten Kaufvertrag sein Grundstück an A veräußert ³⁾. A aber bewilligte an dem Grundstück eine Hypothek zugunsten des Notars F, der dem A ein Darlehen gewährt hatte und dem die wahren Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück nicht bekannt waren. Daraufhin klagte ein Gläubiger des Scheinveräußerers gegen F auf Feststellung, daß die Hypothek nichtig sei, da sie von einem Nichteigentümer bestellt worden sei. Das Gericht gab der Klage statt mit der Begründung, daß niemand eine Hypothek an einem Grundstück bestellen könne, das ihm nicht gehöre. Zusätzlich war die Entscheidung darauf gestützt, daß die Unkenntnis des F von der Simulation auf grober Fahrlässigkeit beruht habe; denn ihm sei bekannt gewesen, daß die Eigentumsverhältnisse an dem Grundstück umstritten gewesen seien und hierüber ein Prozeß geschwebt habe.

Die Begründung des Gerichts, daß ein Nichteigentümer keine Hypothek bestellen könne, vermag nicht zu überzeugen. Sie läßt außer acht, daß es in Anbetracht des Art. 1321 C. c. sehr wohl denkbar ist, daß das Scheingeschäft zugunsten des gutgläubigen Hypothekengläubigers aufrechterhalten und die Hypothekenbestellung damit wirksam wird. Der zweiten Begründung ist hingegen zuzustimmen. Wer im Vertrauen auf eine simulierte Grundstücksübertragung dem Erwerber ein Darlehen gewährt und sich dafür an dem Grundstück eine Hypothek bestellen läßt, mag zwar im Verhältnis zu den Simulanten auch dann noch schutzwürdig erscheinen, wenn seine Unkenntnis von der wahren Rechtslage auf leichter oder auch grober Fahrlässigkeit beruht ⁴⁾. Die Leichtfertigkeit des Hypothekenerwerbers muß hingegen zu seinen Ungunsten ausschlagen, wenn er mit einem Dritten konkurriert, der mit der Scheinveräußerung nichts zu tun hat. — So hat denn auch der Kassationshof das Urteil des Appellationshofes von Algier bestätigt und die Entscheidung dabei ausschließlich darauf gestützt, daß F bei der Gewährung des Darlehens und dem Erwerb der Hypothek außerordentlich leichtsinnig vorgegangen sei.

¹⁾ Die heutige Literatur neigt dazu, in recht undifferenzierter Weise stets demjenigen Dritten den Vorzug zu geben, der sich auf den offenen Vertrag beruft. Als im wesentlichen einziges Argument wird dabei der in Art. 1321 C. c. zum Ausdruck gelangte Rechtsscheingedanke angeführt. So Planiol-Ripert (-Esmein), Bd. 6, Nr. 339; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 614; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 824. Vgl. auch Carbonnier, Bd. 2, Nr. 123, „pratique judiciaire“.

²⁾ Algier, 8. 7. 1896 unter Req. 13. 3. 1899, Sir. 1900, 1, 72.

³⁾ Wegen der dinglichen Wirkung des Kaufvertrages vgl. Art. 1583 C. c.

⁴⁾ Dies ist die Regelung des französischen Rechts, vgl. oben S. 48, Anm. 7.

Der Appellationshof von Paris entschied im Jahre 1905 folgenden Fall ¹⁾:

Fräulein B erwarb durch Kaufvertrag ein Grundstück. Dieser Erwerb war ein Scheingeschäft, das ein anderes Rechtsgeschäft dissimulierte. Denn in Wahrheit erwarb Fräulein B nicht für sich selbst, sondern im Namen und für Rechnung des Herrn J ²⁾. Einige Zeit später bestellte Fräulein B ihrem Darlehensgläubiger L an dem Grundstück, deren Scheineigentümerin sie war, eine Hypothek. L hielt Fräulein B auf Grund ihres Erwerbstitels für die Eigentümerin des Grundstücks. Eines Tages nun erstritt die geschiedene Ehefrau des J gegen diesen ein Urteil auf Unterhaltszahlung und betrieb anschließend auf Grund der zu ihren Gunsten bestehenden Legalhypothek (Art. 2121 C. c.) die Zwangsvollstreckung in das besagte Grundstück. Das Grundstück wurde versteigert, und bei der Verteilung des Erlöses wurde in dem vorläufigen Teilungsplan die von L erworbene Hypothek nicht berücksichtigt. Hiergegen erhob L Widerspruch. In der Entscheidung über diesen Widerspruch wurde vom Appellationshof festgestellt, daß L keine wirksame Hypothek erworben habe, da Fräulein B nicht die Eigentümerin des Grundstücks gewesen sei.

In einer Anmerkung zu dieser Entscheidung wird von de Loynes gerügt, daß das Gericht Art. 1321 C. c. nicht berücksichtigt habe. Angesichts dieser Vorschrift ist die Begründung des Appellationshofes in der Tat ungenügend. Es hätte schon einer Interessenabwägung zwischen der geschiedenen Ehefrau des J und dem gutgläubigen L bedurft. Hierzu sei noch bemerkt, daß selbst wenn man die Interessen der geschiedenen Ehefrau des J als schutzwürdiger erachtet, hieraus noch nicht die Nichtigkeit der von L erworbenen Hypothek folgen muß. Es dürfte genügen, der Legalhypothek der Ehefrau den Vorrang einzuräumen ³⁾.

Im Gegensatz zu den beiden bisher wiedergegebenen Urteilen wird in einer älteren Entscheidung des Appellationshofes von Orléans dem gutgläubigen Erwerber der Vorzug gegeben ⁴⁾:

Das Ehepaar R veräußerte zum Schein ein Grundstück an C. S—D, der dem C einige Zeit später ein Darlehen gewährte, ließ sich von C an dem Grundstück eine Hypothek bestellen, und zwar in Unkenntnis der wahren Rechtslage. Zwei Jahre später erwirkte F, ein Gläubiger des Ehepaares R, ein Urteil, in welchem festgestellt wurde, daß die Veräußerung des Grundstückes an C simuliert und daher nichtig sei ⁵⁾. Daraufhin begehrte S—D die gerichtliche Feststellung, daß die zu seinen Gunsten von C bestellte Hypothek

¹⁾ Paris, 5. 6. 1905, D. P. 1908, 2, 129 (Anm. de Loynes).

²⁾ Vgl. dazu unten S. 61 ff. und S. 65 f.

³⁾ Vgl. hierzu Artt. 2134 ff. C. c.

⁴⁾ Orléans, 10. 2. 1876, D. P. 1877, 2, 113.

⁵⁾ Dabei unterscheidet das Urteil allerdings nicht immer ganz klar zwischen Simulation und actio Pauliana.

wirksam sei. Das Gericht gab diesem Antrag statt und erklärte die Hypothek für gültig. Ohne Art. 1321 C. c. zu erwähnen, stützt der Appellationshof seine Entscheidung auf den durch die Scheinveräußerung geschaffenen Rechtsschein sowie darauf, daß die Simulation dem Hypothekenerwerber nicht bekannt gewesen sei. Außerdem wird darauf hingewiesen, daß S—D für die Bestellung der Hypothek eine Gegenleistung erbracht habe. Schließlich wird ausgeführt, der Gläubiger des Ehepaares R habe es sich selbst zuzuschreiben, wenn er nicht sofort von dem Ehepaar sich habe eine dingliche Sicherheit gewähren lassen, wie dies später S—D von C verlangt und erhalten habe.

Zu diesem Urteil ist folgendes anzumerken: Daß der Hypothekenerwerber auf den durch das Scheingeschäft geschaffenen Rechtsschein vertraut hat, ist die erste Voraussetzung für einen gutgläubigen Erwerb vom Scheinberechtigten. Der gute Glaube des Hypothekengläubigers allein aber reicht nicht aus, um den Interessenkonflikt zu seinen Gunsten zu entscheiden. Denn der ihm gegenüberstehende Gläubiger des Scheinveräußerers ist an der Simulation völlig unbeteiligt, so daß nicht einzusehen ist, weshalb er seine Rechtsposition nur wegen des guten Glaubens des Hypothekenerwerbers aufgeben soll. Beachtenswert ist die weitere Erwägung, daß der gutgläubige Erwerber für die Bestellung der Hypothek eine Gegenleistung erbracht habe und daher besonderen Schutz verdiene; der entgeltliche Erwerber ist in der Tat schutzwürdiger als der unentgeltliche Erwerber, denn der letztere erleidet durch die Nichtigkeit seines Erwerbs in der Regel keinen Schaden, sondern muß lediglich auf einen Vermögenszuwachs verzichten. Aber auch dieser Gesichtspunkt vermag im vorliegenden Fall das Gleichgewicht der Interessen noch nicht entscheidend zugunsten des gutgläubigen Hypothekenerwerbers zu beeinflussen; mangels genauerer Angaben muß nämlich davon ausgegangen werden, daß der Gläubiger des Scheinveräußerers seine Forderung nicht unentgeltlich erlangt, sondern dafür — genau wie sein Gegner — eine Gegenleistung erbracht hatte. — Als entscheidend erscheint daher die Überlegung, daß S—D bereits ein konkretes dingliches Recht an dem Grundstück erworben hatte, während dem F, dem Gläubiger des Scheinveräußerers, nur das allgemeine Befriedigungsrecht des persönlichen Gläubigers zustand und er dieses Recht noch nicht durch Vollstreckungsmaßnahmen konkretisiert hatte. Dem Urteil ist zu entnehmen, daß F eine vorrangige Hypothek erworben hätte, wenn er sich von dem Ehepaar R eine solche hätte bestellen lassen, bevor S—D seinerseits durch ein Rechtsgeschäft des C eine dingliche Sicherheit an dem Grundstück erwarb. Es wird hier also auf die zeitliche Reihenfolge des jeweiligen Rechtserwerbs abgestellt (Grundsatz der Priorität). Dieses Kriterium erscheint — jedenfalls mangels anderer durchgreifender Gesichtspunkte — als durchaus brauchbar.

Interessant ist auch eine Entscheidung des Appellationshofes von Nîmes ¹⁾:

L, der dem Fiskus Kriegsabgaben in beträchtlicher Höhe schuldete, veräußerte durch Kaufvertrag ein Grundstück an seine Schwiegermutter, Frau C. Auf Betreiben des Fiskus wurde durch Urteil festgestellt, daß diese Eigentumsübertragung nur zum Schein erfolgt war. Aber bereits vor Erlaß dieses Feststellungsurteils hatte die scheinbare Eigentümerin, Frau C, das Grundstück an B veräußert, der die Simulation weder kannte noch hätte erkennen können. Den Kaufpreis hatte B an Frau C in bar entrichtet. Der Fiskus klagte nunmehr auch gegen B, und zwar auf Feststellung, daß der Eigentumserwerb des B unwirksam sei, weil B sein Recht von einem Scheinberechtigten herleite. Der Appellationshof wies die Klage ab. In dem Urteil wird zunächst ausgeführt, daß nach Art. 1321 C. c. ein an dem Scheingeschäft uneteiligter Dritter das Recht habe, sich entweder auf die wahre Rechtslage oder aber auf den durch das Scheingeschäft geschaffenen Rechtsschein zu berufen. Im vorliegenden Fall nun stünden sich zwei Dritte gegenüber, deren Interessen entgegengesetzt seien. Die Frage, welche der beiden Parteien hier den Vorzug verdiene, müsse aus mehreren Gründen zugunsten des B, des gutgläubigen Erwerbers, entschieden werden. — B sei weniger als der Gläubiger des Scheinveräußerers in der Lage gewesen, die wahre Rechtslage zu durchschauen und sich gegen betrügerische Manöver der Simulanten zu verteidigen. Außerdem sei B im Besitz des Grundstücks; daraus erwachse ihm gegenüber seinem Konkurrenten ein Vorteil, und es gebe keinen Grund, ihm diesen Vorteil zu entziehen. Sodann weist das Gericht darauf hin, welche Bedeutung dem Gutglaubensschutz für die Sicherheit des Rechtsverkehrs zukomme ²⁾.

Die Feststellung des Gerichts, daß der Gläubiger des Scheinveräußerers eher als der gutgläubige Erwerber in der Lage gewesen sei, die Simulation aufzudecken und die durch den falschen Schein drohenden Nachteile zu vermeiden, beruht wohl auf der Tatsache, daß der gutgläubige B in einer anderen Stadt wohnte und ihm daher ein Einblick in die Rechtsverhältnisse der Simulanten kaum möglich war. Die getroffene Feststellung läßt sich aber wohl nicht verallgemeinern, denn es ist nicht ersichtlich, weshalb es für einen Gläubiger des Scheinveräußerers generell leichter sein sollte, sich gegen die Nachteile eines Scheingeschäfts zu schützen, als für einen Einzelrechts-

¹⁾ Nîmes, 16. 5. 1927, D. P. 1929, 2, 68 (Anm. Gabolde).

²⁾ Zur weiteren Begründung seiner Entscheidung zieht das Gericht Rückschlüsse aus einem Gesetz vom 10. 8. 1922. Diese Überlegungen können jedoch keine Allgemeingültigkeit beanspruchen, da jenes Gesetz speziell die Eintreibung von Kriegsabgaben betraf und Dritten, die an den Vollstreckungsobjekten Rechte erworben hatten, einen Gutglaubensschutz nur für eine Übergangszeit gewährte.

nachfolger des Scheinerwerbers¹⁾). Im übrigen aber erscheint das auf der getroffenen Feststellung fußende Argument durchaus beachtlich. — Besondere Aufmerksamkeit verdient noch die weitere in dem Urteil enthaltene Erwägung, daß der gutgläubige Erwerber das Grundstück bereits in Besitz habe und dies zu seinen Gunsten spreche. Auch hier wird also — ebenso wie in der Entscheidung des Appellationshofes von Orléans — der Grundsatz der Priorität herangezogen, selbst wenn dabei weniger auf den eigentlichen Rechtserwerb als auf den Besitzerwerb abgestellt wird.

Im Jahre 1939 befaßte sich auch der Kassationshof mit einem Interessenkonflikt zwischen zwei an der Simulation unbeteiligten Dritten²⁾:

M übereignete im Jahre 1918 durch einen simulierten Kaufvertrag ein Grundstück an seine Tochter, Frau B. In Wahrheit sollte das Grundstück nicht durch Kaufvertrag übereignet werden, sondern durch einen Schenkungsvertrag³⁾, den M vor seinem Sohn J—M geheimhalten wollte. M starb im Februar 1923. Sein Testament bestimmte seine Tochter, Frau B, zur alleinigen Erbin. — Im Dezember 1924 bestellte Frau B einem Herrn R zur Sicherung eines Darlehens eine Hypothek an dem Grundstück, das sie 1918 von ihrem Vater erhalten hatte. Am 1. 12. 1925 erhob ihr Bruder J—M Klage auf Feststellung, daß der Grundstücksverkauf aus dem Jahre 1918 in Wahrheit eine Schenkung gewesen und damit die Übereignung nichtig sei, weil sie den Vermögensanteil, über den der Vater habe frei verfügen dürfen, übersteige und den Pflichtteil (la réserve) des Klägers daher unzulässigerweise verkürze⁴⁾. Dieser Klage wurde stattgegeben und die dissimulierte Schenkung für nichtig erklärt. Daraufhin strengte J—M auch gegen R einen Prozeß an und begehrte Feststellung, daß die Hypothek, die dem R an dem Grundstück bestellt worden war, unwirksam sei. Mit dieser Klage wurde J—M abgewiesen. In seiner Begründung führt der Kassationshof dazu aus: Sowohl der Hypothekengläubiger R als auch J—M in seiner Eigenschaft als Pflichtteilsberechtigter (héritier réservataire) seien Dritte im Sinne des Art. 1321 C. c. und könnten sich deshalb grundsätzlich wahlweise auf den offenen Vertrag oder aber auf die geheimgehaltene Vereinbarung berufen. Hier nun, so fährt das Gericht fort, machten die Parteien von ihrem Wahlrecht in entgegengesetzter Richtung Gebrauch. Angesichts dieser Situation müsse dem Hypothekengläubiger R der Vorzug gegeben werden; denn dieser habe sich beim Erwerb der Hypothek in einem für ihn unvermeidbaren Irrtum über die

¹⁾ Vgl. jedoch Carbonnier, Bd. 2, Nr. 123, „pratique judiciaire“.

²⁾ Civ. 25. 4. 1939, D. P. 1940, 1, 12.

³⁾ Wegen der dinglichen Wirkung auch eines obligatorischen **Schenkungsvertrages** vgl. Art. 1138 C. c.

⁴⁾ Artt. 913 ff. C. c.

Rechtsbeständigkeit des Erwerbstitels, auf dem der langjährige ungestörte Besitz der Frau B beruht habe, befunden.

Das Argument, R habe sich in einem unvermeidbaren Irrtum befunden (*erreur invincible*), läßt erkennen, daß nach Ansicht des Kassationshofes bei der Beurteilung des vorliegenden Interessenkonflikts die Frage von entscheidender Bedeutung war, ob R's Unkenntnis von der wahren Rechtslage unverschuldet war oder ob sie auf Fahrlässigkeit beruhte ¹⁾.

In einer nicht signierten Anmerkung zu der Entscheidung des Kassationshofes wird die Auffassung vertreten, das Gericht habe sich u. a. von der Erwägung leiten lassen, daß J—M nach dem Tode seines Vaters fast drei Jahre habe verstreichen lassen, bevor er die Unwirksamkeit der Grundstücksübertragung geltend gemacht habe. Dadurch habe er den Irrtum, dem R erlegen sei, in gewisser Weise mitverursacht und könne sich deshalb nicht auf die Simulation berufen.

Im Rückblick auf die hier wiedergegebenen Entscheidungen ²⁾ läßt sich zusammenfassend feststellen:

Die Interessen des Dritten, der sich auf die wahre Rechtslage beruft, und des Dritten, der im Vertrauen auf das Scheingeschäft Rechte erwirbt, sind grundsätzlich gleichrangig. Welcher der beiden Parteien der Vorzug zu geben ist, muß im Einzelfall auf Grund der Gesamtumstände entschieden werden.

Maßgebend sind hierbei die folgenden Gesichtspunkte:

1. Die eine oder andere Seite kann dafür, daß ein Erwerb vom Scheinberechtigten stattgefunden hat, mitverantwortlich sein.

Dies ist der Fall, wenn die Unkenntnis des Erwerbers von der wahren Rechtslage auf grober oder auch leichter Fahrlässigkeit beruht. Aber auch die Gegenseite kann im Einzelfall durch ihr Verhalten dazu beigetragen haben, daß der arglose Erwerber das Opfer einer Täuschung wurde, indem sie nämlich in irgendeiner Weise den falschen Schein mitverursacht hat.

Wer nun dergestalt mitverantwortlich ist für das Erwerbsgeschäft mit dem nichtberechtigten Scheineigentümer, verdient nicht den gleichen Schutz wie ein völlig Unbeteiligter.

2. Von Bedeutung ist auch, ob die eine oder andere Partei für den Erwerb ihres Rechtes eine Gegenleistung erbracht hat. Der unentgeltliche Erwerber ist in der Regel weniger schutzwürdig als der entgeltliche Erwerber.

¹⁾ Es sei hier noch einmal daran erinnert, daß im Verhältnis zu den Simulanten Dritte sich selbst dann auf den Scheinvertrag berufen können, wenn sie ihre Unkenntnis von der Simulation durch leichte oder auch grobe Fahrlässigkeit selbst verschuldet haben, vgl. oben, S. 48, Anm. 7.

²⁾ Vgl. ferner noch Req. 25. 1. 1847, D. P. 1847, 4, 342; Civ. 2. 2. 1852, D. P. 1852, 1, 49.

3. Wenn sich aus den beiden vorgenannten Gesichtspunkten keine Entscheidung zugunsten der einen oder anderen Seite ergibt, so muß die *Priorität* entscheiden. Der Vorrang gebührt dann demjenigen, der als erster seinen (dinglichen) Rechtserwerb vollendet hat.

E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des dissimulierten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften

I. Die Frage fiduziarischer Rechtsgeschäfte. — „Fiducie“. „Prête-nom“ im ursprünglichen Sinne. „Gage déguisée“

1. Die Begriffe „fiducie“ und „fiduciaire“ sind in Frankreich zwar nicht unbekannt, sie haben aber eine sehr enge und spezielle Bedeutung. Auch werden sie nicht von allen Autoren gebraucht ¹⁾.

Man spricht von „fiducie“, wenn einer Person durch Legat oder Schenkung ein Gegenstand oder ein Vermögen unentgeltlich zugewendet wird mit der Auflage (*charge*), das Empfangene an eine dritte Person, den eigentlich Begünstigten, weiterzuleiten ²⁾. Die Zwischenperson heißt „fiduciaire“. Dieser sehr spezielle Begriff der „fiducie“ bezieht sich also keineswegs auf jene Fälle, die in Deutschland typischerweise als fiduziarische Geschäfte bezeichnet werden.

Über die Natur der „fiducie“ in dem beschriebenen französischen Sinne herrscht Unklarheit. Zum Teil sieht man in der unentgeltlichen Zuwendung an den „fiduciaire“ ein Scheingeschäft, so daß der „fiduciaire“ nur als scheinbarer Eigentümer des zugewendeten Gegenstandes oder Vermögens zu betrachten ist ³⁾. Nach anderer Auffassung ist die Zuwendung an den „fiduciaire“ ernsthaft gewollt; der „fiduciaire“ wird wirklich Eigentümer mit der Verpflichtung, das Eigentum an den eigentlich Begünstigten weiterzuübertragen ⁴⁾.

2. Der französische Begriff der *fiducie* ist im Vergleich zum deutschen Begriff der Treuhand sehr eng und speziell. Für eine rechtsvergleichende Betrachtung ist es daher von Interesse festzustellen, wie der französische Jurist diejenigen Lebenstatbestände beurteilt,

1) z. B. findet sich der Begriff in bezug auf das geltende Recht weder bei Planiol-Ripert noch bei Mazeaud-Mazeaud. — Vgl. dazu auch Chassagnade-Belmin, in: *Dalloz Rép. dr. civ.*, „Fidéicommis“, Nr. 1.

2) Chassagnade-Belmin, aaO.; Aubry et Rau (-Esmein), Bd. 11, § 694, S. 166; Ripert-Boulanger, Bd. 4, Nr. 3874; Lerebours-Pigeonnière, S. 95 ff.

3) Aubry et Rau (-Esmein), aaO.; Ripert-Boulanger, Bd. 4, Nr. 3874, siehe aber demgegenüber Nr. 3683; Coste, S. 20.

4) Lerebours-Pigeonnière, S. 95, 96. Allgemein für Legat (oder Schenkung) mit Auflage Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1409; Rousseau, S. 176.

die im deutschen Recht als typische fiduziarische Rechtsgeschäfte so scharf von den simulierten Geschäften unterschieden werden.

Die Darstellung der fiduziarischen Rechtsgeschäfte im deutschen Recht ging von drei typischen Fällen aus.

Als erstes soll der folgende Fall in Erinnerung gebracht und erörtert werden: Ein Schuldner will einen Vermögensgegenstand seinen Gläubigern entziehen und veräußert ihn daher an einen Freund, der sich verpflichtet, den Veräußerer weiterhin als Eigentümer zu betrachten.

In Frankreich kommt es nun zwar vor, daß ein Schuldner, der eine Vollstreckung fürchtet, Vermögensstücke an einen Vertrauten veräußert und dabei vereinbart, daß er weiterhin als Eigentümer anzusehen sei. Das Rechtsgeschäft ist dann simuliert und der Erwerber, den man häufig als „prête-nom“, als „Namensverleiher“ bezeichnet ¹⁾, ist nur ein Scheinerwerber ²⁾. Hingegen ist die Konstruktion einer wirklichen dinglichen Übereignung, deren Wirkungen im Innenverhältnis durch eine nur obligatorisch wirkende Vereinbarung rückgängig gemacht werden, in Frankreich unbekannt. Wohl gibt es bei den beschriebenen Schiebungen des in Bedrängnis geratenen Schuldners einen Gegenvertrag. Dieser hat aber, wie dies gemäß Art. 1138 C. c. bei allen Verträgen die Regel ist, nicht nur schuldrechtliche Wirkung, sondern auch dingliche Wirkung und macht daher die Veräußerung vollkommen zunichte. Die Gegenstände, die den Gläubigern entzogen werden sollen, bleiben also im Eigentum des Veräußerers. Der Gegenvertrag ist eine *contre-lettre*, wie sie nach französischer Auffassung für die Simulation charakteristisch ist ³⁾.

Der zweite typische Fall eines fiduziarischen Geschäfts ist im deutschen Recht die sog. Inkassoession. Ein Gläubiger tritt seine Forderung ab, damit der Zessionar sie im eigenen Namen, aber für Rechnung des Zedenten einziehe. Wirtschaftlich gesehen bleibt die Forderung weiterhin im Vermögen des Zedenten, denn der Zessionar verpflichtet sich schuldrechtlich, den Zedenten weiterhin als Forderungsinhaber zu betrachten und für Rechnung des Zedenten tätig zu werden.

Auch im Geltungsbereich des Code civil kommt es vor, daß ein Gläubiger seine Forderung von einem anderen einziehen lassen möchte, der im eigenen Namen auftreten soll. Der Gläubiger will etwa

¹⁾ Der ursprüngliche Sinn des Wortes „prête-nom“ ist der eines Scheineigentümers oder sonstigen Scheinberechtigten. Heute bezeichnet man als „prête-nom“ vor allem den mittelbaren Stellvertreter, d. h. den Beauftragten, der im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung Geschäfte abschließt. Vgl. Lerebours-Pigeonnière, S. 2.

²⁾ Vgl. z. B. Nimes, 16. 5. 1927, D. P. 1929, 2, 68; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 590.

³⁾ Dies wird von Siebert in seiner rechtsvergleichenden Darstellung des Treuhandgeschäfts verkannt. Vgl. Siebert, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, S. 40, 43. Siehe auch unten III., wo der „prête-nom“ im einzelnen erörtert werden wird, S. 61 ff.

verhindern, daß der Schuldner eine Aufrechnung geltend macht¹⁾. Zu diesem Zwecke wird eine Zession simuliert. Der Zessionar ist ein prête-nom, ein Scheinzessionar²⁾, an den der gutgläubige Schuldner gemäß Art. 1321 C. c. mit befreiender Wirkung leisten kann. Die Konstruktion einer vollwirksamen Zession mit schuldrechtlicher Zweckbindung ist dem französischen Recht unbekannt.

3. a) Der dritte typische Treuhandfall des deutschen Rechts ist die Sicherungsübereignung oder überhaupt jede Rechtsübertragung zu Sicherungszwecken. Auch in Frankreich versucht man, Forderungen durch ähnliche Umwege dinglich zu sichern³⁾. Da es im Gegensatz zum deutschen Recht eine abstrakte Eigentumsübertragung nicht gibt⁴⁾, versucht man, den Sicherungszweck durch Abschluß von Kaufverträgen zu erreichen. Beispielsweise überträgt ein Kreditsuchender eine ihm gehörende Sache durch Kaufvertrag auf den Kreditgeber, der mit der Zahlung des Kaufpreises die benötigte Geldsumme gewährt. Der Kaufvertrag (und damit die Übereignung) enthält die auflösende Bedingung der Rückzahlung des Kaufpreises (vente à réméré). Außerdem kann dem Kreditgeber verboten werden, die Sache in der Zwischenzeit zu veräußern⁵⁾.

Rechtsprechung und h. L. sehen solche Vereinbarungen als simuliert an und erkennen in ihnen eine dissimulierte Pfandbestellung (gage déguisé) und daneben möglicherweise einen dissimulierten Darlehensvertrag⁶⁾.

Der Verkauf zu Sicherungszwecken wird also als ein Fall der Simulation betrachtet. Es ist aber hervorzuheben, daß den Parteien im Gegensatz zu sonstigen Fällen der Simulation alle Beweismittel zur Verfügung stehen, um die wahre Natur des Vertrages aufzudecken. Insbesondere kann die eigenartige Vertragsgestaltung, z. B. die Kombination des Kaufvertrages mit einem Mietvertrag, zum Beweis herangezogen werden. Diese Beweiserleichterung ist zwar für die dissimulierte Verpfändung, soweit ersichtlich, nirgends ausdrücklich erwähnt, sie ergibt sich aber unzweifelhaft aus der Behandlung analoger Fälle⁷⁾. Wegen der beweisrechtlichen Besonderheit will Demogue⁸⁾ in solchen Fällen den Ausdruck „Simulation“ vermeiden und lediglich von einer Auslegung des Vertrages sprechen. Madray⁹⁾ geht hingegen

1) Req. 5. 4. 1880, D. P. 1881, 1, 13.

2) Req. 5. 4. 1880, D. P. 1881, 1, 13; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 594.

3) Vgl. dazu Rousseau, S. 62.

4) Vgl. Artt. 1108, 1131 C. c.; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 2, Nr. 275.

5) Rousseau, aaO.

6) Req. 2. 7. 1856, D. P. 1856, 1, 427; Civ. 9. 7. 1877, D. P. 1877, 1, 417; Req. 11. 3. 1879, D. P. 1879, 1, 401; Civ. 21. 3. 1938, D. H. 1938, 257; Paris, 18. 4. 1889, D. P. 1890, 2, 342; Planiol-Ripert (-Becqué), Bd. 12, Nr. 81; Aubry et Rau (-Esmein), Bd. 6, § 432, Anm. 13.

7) z. B. für eine durch einen Kaufvertrag verschleierte Antichrese. Vgl. Demogue, Rev. trim. 1932, S. 1111; Madray, D. P. 1933, 1, 43.

8) aaO.

9) aaO.

von einem weiteren Begriff der Simulation aus: Simulation sei in solchen Fällen auch ohne geheimen Gegenvertrag denkbar und könne daher von den Parteien mit allen Mitteln bewiesen werden.

b) Nunmehr gelangt man zu der Frage, ob diese durch einen Kaufvertrag dissimulierte Pfandbestellung wirksam ist. Einige Autoren verneinen dies generell. Sie halten die dissimulierte Pfandbestellung wegen Verstoßes gegen Art. 2074 C. c. für unwirksam, jedenfalls — und das ist ja entscheidend — im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern ¹⁾. Nach Art. 2074 C. c. muß die Pfandbestellung in einer Urkunde erfolgen, diese muß steuerlich registriert sein (*enregistré*), den geschuldeten Betrag angeben und die verpfändete Sache genau bezeichnen. Dadurch soll den übrigen Gläubigern, deren Interessen ja durch die Pfandbestellung berührt werden, eine Nachprüfung ermöglicht werden. Dieser Zweck würde nach Ansicht der erwähnten Autoren vereitelt, wenn die Pfandbestellung durch einen Kaufvertrag dissimuliert werden könnte.

Die Rechtsprechung hält hingegen die in einen Kaufvertrag gekleidete Pfandbestellung grundsätzlich für gültig, sofern der geschuldete Betrag im Kaufpreis zum Ausdruck kommt ²⁾.

Die dissimulierte Verpfändung ist natürlich nur dann gültig, wenn im übrigen alle Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere muß der Gläubiger den Besitz der Pfandsache erlangt haben, denn Art. 2076 C. c. verlangt zur Wirksamkeit der Verpfändung die Übergabe der Pfandsache. Daran fehlt es in dem folgenden, vom Kassationshof entschiedenen Fall ³⁾: Der Schuldner hatte Webstühle, die er zur Arbeit benötigte, zur Sicherung seiner Schulden verkauft, und der Erwerber hatte sie ihm im gleichen Augenblick wieder vermietet. Der Kassationshof erblickte in den Vereinbarungen eine dissimulierte Verpfändung, die er mangels Übergabe der Sache als unwirksam betrachtete. Es fällt auf, daß das Gericht keineswegs die in Deutschland so häufige Überlegung angestellt hat, daß die Parteien, um der Unwirksamkeit einer dissimulierten Pfandbestellung zu entgehen, den Verkauf und die Zurückvermietung ernsthaft gewollt haben müssen.

c) Neuerdings bestreitet Rousseau unter Berufung auf eine ältere Rechtsprechung ⁴⁾, daß der Sicherungsverkauf eine dissimulierte Pfandbestellung sei. Der Kaufvertrag sei nicht simuliert, sondern ernsthaft gewollt, auch wenn das wirtschaftliche Ziel eine Verpfändung sei.

¹⁾ Planiol-Ripert (-Becqué), Bd. 12, Nr. 81, 80; Aubry et Rau (-Esmein), Bd. 6, § 432, Anm. 13.

²⁾ Req. 2. 7. 1856, D. P. 1856, 1, 427; Civ. 9. 7. 1877, D. P. 1877, 1, 417; Paris, 18. 4. 1889, D. P. 1890, 2, 342.

³⁾ Req. 11. 3. 1879, D. P. 1879, 1, 401.

⁴⁾ Vgl. vor allem Civ. 29. 8. 1849, D. P. 1849, 1, 273.

Wer dieser Betrachtungsweise folgt, muß sich dann aber die Frage stellen, ob ein solcher wirklich gewollter Kaufvertrag nicht in unzulässiger Weise die Vorschriften über die Pfandbestellung umgeht. Der zur Sicherung geschlossene Kaufvertrag könnte insbesondere der *ratio legis* der Artt. 2076 und 2078 C. c. zuwiderlaufen. Art. 2076 C. c. macht die Wirksamkeit einer Verpfändung von der Übergabe der Sache abhängig. Art. 2078 C. c. verbietet zum Schutze des Verpfänders jede Vereinbarung, die dem Gläubiger gestattet, sich die Pfandsache ohne Versteigerung oder gerichtliche Zuteilung anzueignen ¹⁾).

II. Die gemischte Schenkung (*donation mixte*)²⁾

Wer ein Haus, das 100 000 Franken wert ist, in freigebiger Absicht für nur 60 000 Fr. verkauft, macht dem anderen Teil eine unentgeltliche Zuwendung in Höhe von 40 000 Fr. Der Extremfall eines solchen Geschäfts ist die Vereinbarung eines symbolischen Preises von nur einem Franken.

Nicht selten werden solche Schenkungen, die in einem an sich entgeltlichen Verträge enthalten sind, als dissimulierte Schenkungen betrachtet (*donations déguisées*) ³⁾. Die überwiegende Meinung sieht in ihnen jedoch eine sog. indirekte Schenkung ⁴⁾ und unterscheidet sie damit von der dissimulierten Schenkung. Die indirekte Schenkung beruht auf einem wirklich gewollten Vertrag, sie ist sozusagen die indirekte Wirkung eines an sich entgeltlichen Rechtsgeschäfts ⁵⁾. Ein falscher Schein wird im Gegensatz zur dissimulierten Schenkung nicht hervorgerufen ⁶⁾.

Der Kaufvertrag, in dem der Preis zu Schenkungszwecken unverhältnismäßig niedrig festgesetzt wird, ist also ein ernsthaftes Rechtsgeschäft, und sein Inhalt entspricht den wirklichen Vereinbarungen.

III. Der „*prête-nom*“ (Strohmänn, mittelbarer Stellvertreter)

1. Wer im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung Rechtsgeschäfte abschließt, ist ein „*mandataire agissant en son nom person-*

¹⁾ Rousseau, S. 63 ff., 83, 84.

²⁾ Vgl. Fourcade, S. 29.

³⁾ Civ. 3. 12. 1912, D. P. 1913, 1, 175; Loussouarn, in: Dalloz Rép. dr. civ., „Donation“, Nr. 544; vgl. dazu Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1471.

⁴⁾ Civ. 13. 10. 1955, D. 1956, 22; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1475; Planiol-Ripert (-Trasbot-Loussouarn), Bd. 5, Nr. 421; Ripert-Boulanger, Bd. 4, Nr. 3342.

⁵⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1471.

⁶⁾ Planiol-Ripert (-Trasbot-Loussouarn), Bd. 5, Nr. 423.

nel“. Im allgemeinen nennt man ihn „prête-nom“, d. h. Namensverleiher, zuweilen spricht man auch von „mandataire prête-nom“.

Ursprünglich hatte der Ausdruck „prête-nom“ eine andere Bedeutung. Man bezeichnete damit solche Personen, die nur zum Schein ein Recht erwerben, während in Wahrheit der Veräußerer das Recht weiterhin behält. Die rechtliche Besonderheit, daß der Scheinerwerber gemäß Art. 1321 C. c. das Recht an einen Gutgläubigen veräußern kann, machte man sich nun bald für die mittelbare Stellvertretung zunutze. Zur Erfüllung eines Auftrags muß ein Beauftragter häufig über einen Gegenstand des Geschäftsherrn verfügen. Dazu müßte er aber eigentlich, wenn er im eigenen Namen auftritt, zunächst einmal selbst den zu veräußernden Gegenstand erwerben¹⁾. Dieser Notwendigkeit entging man nun dadurch, daß man die Sache dem Beauftragten zum Schein übereignete, ihn also zu einem prête-nom machte; so konnte er die Sache gemäß Art. 1321 C. c. auf den gutgläubigen Dritten übertragen, ohne zuvor selbst Eigentümer geworden zu sein.

In einem solchen Fall konnte man den Beauftragten mit Recht einen „prête-nom“ nennen. Allmählich aber gewöhnte man sich daran, j e d e n Beauftragten, der im eigenen Namen auftritt, als „prête-nom“ zu bezeichnen, selbst wenn eine Scheinübertragung auf den Beauftragten gar nicht stattgefunden hat. — Die ursprüngliche Bedeutung des Wortes „prête-nom“ ist demgegenüber in den Hintergrund getreten²⁾.

2. Die herrschende Meinung betrachtet den Vertrag, den der prête-nom mit dem Dritten schließt, als ein simuliertes Geschäft, als einen Fall der sog. *interposition de personnes*³⁾. Dabei wird allerdings vorausgesetzt, daß der prête-nom das Auftragsverhältnis, auf Grund dessen er tätig wird, dem Dritten verheimlicht⁴⁾. Wenn nämlich der Beauftragte kein Hehl daraus macht, daß er für Rechnung eines anderen handelt, so erblickt man in dem Vorgang einen normalen Anwendungsfall der Artt. 1984 ff. C. c., d. h. eine direkte Stellvertretung, die den Geschäftsherrn unmittelbar berechtigt und verpflichtet⁵⁾.

Die Auffassung, die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des prête-nom, der seine Auftragsstellung verheimlicht, enthalte eine Simulation, geht von folgenden Überlegungen aus: Der prête-nom will, daß die Vorteile

¹⁾ Der C. c. hat keine dem § 185 BGB entsprechende Bestimmung.

²⁾ Zu der ganzen Frage der Bezeichnung „prête-nom“, Lerebours-Pigeonnière, S. 1–8.

³⁾ Req. 11. 3. 1890, D. P. 1893, 1, 369 mit Anm. Beudant; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1505; Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 586, 593, 594; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 122; Boulanger, in: Dalloz Rép. dr. civ., „Simulation“, Nr. 9–11; Coste, S. 8; Desbleumortiers, S. 15, 51; Fourcade, S. 52.

⁴⁾ Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1504; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Fourcade, S. 51.

⁵⁾ Vgl. Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1497; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430 b; Cazal, S. 37; Civ. 9. 2. 1848, D. P. 1848, 1, 97; demgegenüber aber Req. 25. 1. 1864, D. P. 1864, 1, 282.

und die Lasten des Vertrages nicht ihn selbst, sondern den Geschäftsherrn treffen. Wenn er deshalb im eigenen Namen handelt, ohne den Geschäftsherrn zu erwähnen, so simuliert er den Willen, die Wirkungen des Vertrages in der eigenen Person eintreten zu lassen. Zugleich dissimuliert er seinen wahren Willen, demzufolge der Vertrag mit seinen Rechten und Pflichten für und gegen den Geschäftsherrn wirken soll. Nur scheinbar ist der prête-nom Käufer oder Verkäufer, in Wirklichkeit ist er lediglich der Beauftragte, der Stellvertreter eines anderen ¹⁾).

Man geht also von der Vorstellung aus, daß, wer wirtschaftlich für einen anderen handelt, auch die rechtlichen Folgen des Geschäfts nicht für sich, sondern für den Geschäftsherrn will. Diese Vorstellung mag ihren Grund nicht zuletzt in Art. 1984 C. c. haben, der nicht zwischen Auftrag und Vertretungsmacht unterscheidet, vielmehr die Vertretungsmacht als natürlichen Bestandteil eines jeden Auftrages ansieht. Deshalb scheint es so, als ob das Handeln für fremde Rechnung, auf das der Auftrag gerichtet ist, stets den Willen einschließe, auch die Rechtswirkungen in der Person des Auftraggebers eintreten zu lassen.

Nach dieser herrschenden Auffassung täuscht also der prête-nom den Dritten, mit dem er kontrahiert, über seinen wahren Willen. So erklärt es sich, daß man hier einen Fall der Simulation sieht. Dabei betrachtet man das Geschäft, das der prête-nom mit dem Dritten schließt, als den offenen Vertrag. Den versteckten Gegenvertrag sieht man in dem vor dem Dritten geheimgehaltenen Auftragsverhältnis zwischen Geschäftsherrn und prête-nom ²⁾).

Man verkennt allerdings nicht, daß das Geschäft des prête-nom sich von dem normalen Fall der Simulation in einem Punkt unterscheidet: Der geheime Gegenvertrag wird nicht zwischen den Parteien des offenen Vertrages geschlossen ³⁾. Die Simulation ist nicht das gemeinsame Werk der an dem offenen Vertrag beteiligten Parteien, sondern sie richtet sich gegen den Vertragspartner ⁴⁾. — Es handelt sich im Grunde um eine reservatio mentalis des prête-nom gegenüber dem Dritten. Der Begriff der Mentalreservation ist in Frankreich jedoch kaum bekannt und wird in diesem Zusammenhang nirgends gebraucht.

3. Die Erkenntnis, daß es sich beim prête-nom um eine „einseitige Simulation“ handelt, hindert aber nicht, daß die Rechtslage zum großen Teil nach Simulationsgrundsätzen beurteilt wird.

¹⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Fourcade, S. 49, 50; Beudant, Anm. zu Req. 11. 3. 1890, D. P. 1893, 1, 369. Vgl. auch vor allem Lerebours-Pigeonnière, S. 37, 38.

²⁾ Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1506.

³⁾ Martin, S. 98.

⁴⁾ Boulanger, in: Dalloz Rép. dr. civ., „Simulation“, Nr. 11; Beudant, aaO., D. P. 1893, 1, 369; Fourcade, S. 51.

a) Im Verhältnis zwischen prête-nom und Geschäftsherrn ist der wahre Wille des prête-nom maßgebend. Der prête-nom wollte das Geschäft in Wirklichkeit entsprechend seinem Auftrag mit Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn abschließen. Im Verhältnis zum prête-nom ist deshalb der Geschäftsherr aus dem Vertrage, den der prête-nom für ihn geschlossen hat, unmittelbar berechtigt und verpflichtet ¹⁾.

Dasselbe gilt für die dinglichen Rechtswirkungen. Hat der prête-nom einen Gegenstand für den Geschäftsherrn gekauft und damit erworben ²⁾, so ist im Innenverhältnis der Geschäftsherr als Käufer und damit als Erwerber anzusehen. Im Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und prête-nom wird der Geschäftsherr also unmittelbar Eigentümer, ohne daß ein Durchgangserwerb des prête-nom stattfände ³⁾.

b) Ganz anders ist die Rechtslage im Verhältnis zu Dritten und insbesondere gegenüber dem Vertragspartner des prête-nom. Obwohl der prête-nom nicht in eigener Person Vertragspartei werden will, wird er persönlich berechtigt und verpflichtet. Häufig begründet man dies aus Art. 1321 C. c. Der prête-nom muß sich gemäß Art. 1321 C. c. an dem offenen Vertrag festhalten lassen ⁴⁾. Der Grundsatz, daß eine reservatio mentalis dem Vertragsgegner nicht entgegengehalten werden kann, wird hier also aus Art. 1321 C. c. abgeleitet.

Für die dinglichen Rechtsveränderungen gilt im Verhältnis zu Dritten folgendes: Hat der prête-nom für den Geschäftsherrn etwas gekauft, so gilt er gemäß Art. 1321 C. c. für die Umwelt als Käufer und damit auch als Eigentümer der erworbenen Sache. Für Dritte bleibt der prête-nom so lange Eigentümer, bis er die Sache durch ein neues Rechtsgeschäft auf den Geschäftsherrn übertragen hat ⁵⁾.

Soll der prête-nom hingegen ein Vermögensstück des Geschäftsherrn veräußern, so wird dieses im allgemeinen zum Schein auf den prête-nom übertragen ⁶⁾. Dieses echte Scheingeschäft versetzt den prête-nom auf Grund des Art. 1321 C. c. in die Lage, den Gegenstand im eigenen Namen wirksam auf den gutgläubigen Dritten zu übertragen.

c) Nicht eindeutig beantwortet wird die Frage, ob der Vertragspartner des prête-nom oder ein sonstiger Dritter sich auch auf die „wahre“ Rechtslage berufen kann, wie sie im Verhältnis zwischen

¹⁾ Civ. 9. 2. 1848, D. P. 1848, 1, 97; Coste, S. 79; Beudant, aaO.; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1506 gegen Ende.

²⁾ Vgl. Artt. 1138, 1583 C. c.

³⁾ Vgl. die vorletzte Anmerkung.

⁴⁾ Fourcade, S. 102, 103; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1507; Bartin, S. 100; vgl. auch die consultation zu Civ. 9. 2. 1848, D. P. 1848, 1, 101.

⁵⁾ Req. 11. 3. 1890, D. P. 1893, 1, 369; Coste, S. 30; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1506.

⁶⁾ Vgl. z. B. Coste, S. 17.

Geschäftsherrn und prête-nom wirksam ist. Diese Lösung entspräche den allgemeinen Simulationsregeln.

Zum Beispiel wäre es bei Zahlungsunfähigkeit des prête-nom für den Dritten sehr vorteilhaft, wenn er geltend machen könnte, daß in Wirklichkeit der Hintermann sein Schuldner sei und die Forderung begleichen müsse. Die herrschende Meinung erkennt dem Dritten dieses Recht aber nicht zu ¹⁾).

Man kehrt jedoch zu den Simulationsgrundsätzen zurück, wenn der prête-nom einen Gegenstand für den Geschäftsherrn erworben hat. Wer ein Interesse daran hat, kann mittels einer action en déclaration de simulation geltend machen, daß in Wirklichkeit der Geschäftsherr Eigentümer geworden ist, und zwar unabhängig davon, ob der prête-nom die Sache durch ein neues Geschäft auf den Geschäftsherrn übertragen hat ²⁾).

4. Die herrschende Meinung, die im Geschäft des prête-nom eine – wenn auch einseitige – Simulation sieht, ist nicht ganz unbestritten. Von allem Lerebours-Pigeonnière betont, man könne durchaus wirtschaftlich für einen anderen handeln, zugleich aber den ernsthaften Willen haben, die Wirkungen des Rechtsgeschäfts in der eigenen Person eintreten zu lassen, um sie dann auf den Geschäftsherrn weiterzuübertragen. Deshalb täusche der prête-nom keineswegs über seinen wahren Willen und man könne nicht von einer Simulation sprechen. Aus diesem Grunde sei der geheimgehaltene Auftrag auch keine contre-lettre im Sinne des Art. 1321 C. c. ³⁾). Lerebours-Pigeonnière vermutet, daß die gegenteilige Auffassung zum Teil daherrührt, daß der Ausdruck prête-nom ursprünglich nur für den Scheinerwerber bestimmt war, d. h. für denjenigen, der irgendeinen Gegenstand zum Schein erworben hat ⁴⁾).

5. Vom Geschäft des prête-nom sind die übrigen Fälle der interposition de personnes zu unterscheiden. Bei diesen handelt es sich um „echte“, „zweiseitige“ Simulation.

Meistens wird mit dem Vorschieben von Zwischenpersonen (personnes interposées) der Zweck verfolgt, den wahren Begünstigten einer Schenkung zu verschleiern. Der Zwischenperson wird in einem für die Blicke der Umwelt bestimmten Verträge eine unentgeltliche

¹⁾ Req. 25. 1. 1864, D. P. 1864, 1, 282; Planiol-Ripert (-Rouast u. a.), Bd. 11, Nr. 1508; Coste, S. 54, Str., a. A. Mazeaud-Mazeaud, Bd. 3, Nr. 1430; Fourcade, S. 52, Anm. 2. Beachte aber die sog. action oblique (Art. 1166 C. c.).

²⁾ Req. 12. 12. 1882, D. P. 1883, 1, 292; Paris, 5. 6. 1905, D. P. 1908, 2, 129; vgl. auch rapport Pilon zu Rep. 10. 2. 1936, D. P. 1937, 1, 93 (2. Spalte gegen Ende).

³⁾ Lerebours-Pigeonnière, S. 38, 39, 182 – 184. Ebenso Marty-Raynaud, Bd. 2, 1. Halbbd., Nr. 79; Lerebours-Pigeonnière stellt jedoch den Grundsatz auf, daß die Rechtswirkungen des Vertrages den Geschäftsherrn insoweit unmittelbar treffen, als dadurch die Rechte des Dritten weder beeinträchtigt noch vermehrt werden. Vgl. z. B. S. 135, 136, 167. Die Arbeit ist ein beachtlicher Beitrag zum Problem der mittelbaren Stellvertretung.

⁴⁾ S. 38, Anm. 31.

Zuwendung gemacht. In einem geheimen Gegenvertrag aber wird vereinbart, daß in Wirklichkeit jemand anderes beschenkt werden und die Zwischenperson dabei für diesen als unmittelbarer Stellvertreter auftreten soll. Die Täuschung ist also nicht, wie beim *prête-nom*, gegen den Vertragspartner, sondern gegen außenstehende Dritte gerichtet ¹⁾).

Häufig will man durch die *interposition de personnes* einen Verstoß gegen die Schenkungsverbote der Art. 908 ff. C. c. verdecken. Die verbotene Schenkung ist dann natürlich trotz Verschleierung nichtig (Art. 911 C. c.).

Nicht zu verwechseln mit den Schenkungen durch *interposition de personnes* sind Schenkungsverträge, mit denen die Auflage verbunden ist, das Erhaltene an einen anderen weiterzuleiten. Die Schenkung mit Auflage ist im Gegensatz zur Schenkung durch Zwischenpersonen kein Scheingeschäft, sondern ein ernsthaft gewollter Vertrag. Man zählt sie zu den sog. indirekten Schenkungen. Die Unterscheidung macht in der Praxis allerdings große Schwierigkeiten ²⁾.

IV. Die Gesetzesumgehung (*la fraude à la loi*)

Die französischen Autoren, die die Simulation von der Gesetzesumgehung abzugrenzen suchen, sind sich im allgemeinen darüber einig, daß das Umgehungsgeschäft im Gegensatz zum simulierten Geschäft ernsthaft gewollt ist ³⁾. Die eigentliche Schwierigkeit besteht indessen darin, im Einzelfall festzustellen, ob ein Geschäft wirklich gewollt ist, oder ob es nur vorgetäuscht ist und dabei ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt.

Die deutschen Juristen schließen regelmäßig von der Umgehungsabsicht auf die Ernsthaftigkeit des Rechtsgeschäfts ⁴⁾. Der französischen Praxis hingegen ist diese Art der Schlußfolgerung fremd. Vielmehr scheint die Rechtsprechung im Zweifelsfall der Auffassung zu sein, der Vertrag, mit dem die Anwendung einer bestimmten Gesetzesnorm verhindert werden soll, sei ein Scheingeschäft und das darin enthaltene dissimulierte Geschäft falle unmittelbar unter den Wortlaut der zu umgehenden Gesetzesbestimmung.

Ein wichtiges Beispiel hierfür sind die zahlreichen Verträge und Vertragskombinationen, mit deren Hilfe die Parteien den Zinsbeschrän-

¹⁾ Marty-Raynaud, Bd. 2, 1. Halbbd., Nr. 273; Mazeaud-Mazeaud, Bd. 4, Nr. 1379, 1409; Planiol-Ripert (-Trasbot-Loussouarn), Bd. 5, Nr. 174, 175; Rousseau, S. 176 ff.

²⁾ Vgl. die vorhergehende Anmerkung und oben I. 1., S. 57.

³⁾ Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, S. 183; Rousseau, S. 53 ff. Ferner die bei Vidal und Rousseau zitierten Autoren.

⁴⁾ Vgl. oben, 1. Teil, E. V. 1., S. 30 f.

kungen entgehen wollen, die der Gesetzgeber zur Verhinderung wucherischer Darlehen aufgestellt hat ¹⁾ ²⁾). Am häufigsten ist der sog. *contrat pignoratif* ³⁾). Bei diesem überträgt ein Kreditsuchender durch einen Kaufvertrag dem Kreditgeber ein Grundstück oder einen sonstigen Vermögensgegenstand und erhält dafür als Kaufpreis die Geldsumme, die er benötigt. Zugleich wird das Grundstück an ihn zurückvermietet, und es wird ihm ein Rückkaufsrecht eingeräumt. In Form des Mietpreises entrichtet der Kreditsuchende nunmehr die wucherischen Zinsen für die zur Verfügung gestellte Geldsumme.

In diesen Verträgen erblickt die französische Rechtsprechung Scheingeschäfte, hinter denen sich in Wahrheit ein wucherisches Darlehen verbirgt ⁴⁾). Die gesetzlichen Zinsbeschränkungen sind auf dieses dissimulierte Darlehen daher unmittelbar anzuwenden. Nach deutscher Auffassung hingegen müßte aus der Absicht, die Wucherbestimmungen zu umgehen, auf die Ernsthaftigkeit des Rechtsgeschäfts geschlossen werden, und das gesetzliche Verbot überhöhter Zinsen wäre folglich nur aus dem Gesichtspunkt der Gesetzesumgehung anwendbar.

Ein weiteres Beispiel für die Betrachtungsweise der französischen Rechtsprechung ist der bereits erörterte Sicherungsverkauf (Sicherungsübereignung). Wenn der Sicherungsgeber im Besitz der Sache bleibt, so wird die ganze Vereinbarung als nichtig angesehen. Denn man erblickt in dem Sicherungsverkauf keinen ernsthaften Kauf, sondern eine dissimulierte Pfandbestellung. Diese kann aber gemäß Art. 2076 C. c. nicht wirksam werden, solange nicht der Verpfänder den Besitz der Sache aufgegeben hat ⁵⁾).

In diesen und ähnlichen Fällen interpretiert die französische Rechtsprechung also nicht das Gesetz, sondern das Rechtsgeschäft. Um festzustellen, ob ein Verstoß gegen die fragliche Gesetzesbestimmung vorliegt, erforscht der Richter den Parteiwillen und geht dabei im Gegensatz zum deutschen Recht von dem wirtschaftlichen Zweck aus, den die Parteien verfolgen. Keineswegs schließt man von der Umgehungsabsicht auf die Ernsthaftigkeit des Geschäfts.

¹⁾ Vgl. Req. 21. 4. 1886, D. P. 1887, 1, 85; Req. 4. 7. 1904, D. P. 1904, 1, 547; Req. 6. 2. 1905, D. P. 1905, 1, 391.

²⁾ Nach dem Gesetz vom 3. 9. 1807 betrug für vertragliche Zinsen der Höchstsatz 5%, bei Handelsgeschäften 6%. Diese starre Regelung ist allerdings durch das Gesetz vom 18. 4. 1918 (Journ. off. vom 20. April; D. P. 1918, 4, 188) außer Kraft gesetzt und in dem Gesetzesdekret über den Wucher vom 8. 8. 1935 (Journ. off. vom 9. August, D. P. 1935, 4, 225) durch eine flexiblere Bestimmung ersetzt worden. Danach darf der vereinbarte Zinssatz die Höhe des im redlichen Geschäftsverkehr üblichen Zinssatzes höchstens um die Hälfte überschreiten.

³⁾ Cazal, S. 148; Req. 4. 7. 1904, D. P. 1904, 1, 547.

⁴⁾ Vgl. die zitierte Rechtsprechung. Vidal, S. 203; Cazal, S. 150.

⁵⁾ Req. 11. 3. 1879, D. P. 1879, 1, 401; vgl. oben I. 3., S. 60.

Diese Anschauungsweise findet sich nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Literatur ¹⁾. So weist zum Beispiel Esmein darauf hin, daß es sich in den hier erwähnten Beispielsfällen um eine Simulation bzw. Dissimulation handele, die allerdings die Besonderheit aufweise, daß sie nicht durch eine contre-lettre verwirklicht werde. Esmein ist der Meinung, daß der Begriff der Gesetzesumgehung hier nur Verwirrung schaffe ²⁾.

¹⁾ Esmein, Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement, Art. 23, 398, Nr. vom 15. 5. 1933, und Art. 23, 409, Nr. vom 30. 3. 1933 (zitiert nach Rousseau, S. 59); Vidal, S. 200 — 204.

²⁾ Esmein, a. a. O.

III. TEIL:

ITALIENISCHES RECHT

A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Tatbestandes

I. Der alte Codice civile von 1865 regelte die Simulation nur sehr unvollständig. Er hatte lediglich mit seinem Art. 1319 den Art. 1321 des französischen Code civil in etwas abgewandelter Form übernommen. Art. 1319 lautete: „Die privatschriftlichen Gegenerklärungen (controdichiarazioni) können nur unter den Vertragsparteien und ihren Gesamtrechtsnachfolgern wirken“.

Der neue Codice civile aus dem Jahre 1942 regelt in seinen Artt. 1414 bis 1417 ausführlich die Wirkungen der Simulation. Über die rechtsgeschäftliche Struktur des Simulationstatbestandes macht das Gesetz hingegen keine Aussage. Es enthält überhaupt keine nähere Beschreibung des Tatbestandes, sondern spricht in Art. 1414 lediglich von dem simulierten Vertrag (contratto simulato). Davon unterscheidet es den sog. dissimulierten Vertrag (contratto dissimulato), den die Parteien möglicherweise haben schließen wollen.

Um so eingehender hat sich die italienische Rechtswissenschaft bemüht, den Tatbestand zu definieren und in die rechtsgeschäftliche Systematik einzuordnen. Bereits unter der Herrschaft des Codice civile von 1865 entstanden verschiedene Theorien, und in jüngster Zeit fehlt es nicht an Versuchen, die Lehre von der Simulation neu zu durchdenken.

II. 1. An erster Stelle ist die für das italienische Recht richtungsweisende Monographie von Francesco Ferrara zu nennen ¹⁾. Ferrara steht auf dem Boden der gemeinrechtlichen Willentheorie. Er sieht in dem Simulationstatbestand eine bewußte Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Der für die Augen der Umwelt bestimmte, meist schriftlich erklärte Vertrag ist in Wirklichkeit nicht gewollt. Die Parteien erklären, ihn zu wollen, wollen ihn aber nicht in Wirklichkeit ²⁾.

Die bewußt von der wahren Absicht abweichende Erklärung ist das Hauptmerkmal des negozio simulato, des Scheingeschäfts. Daneben unterscheidet Ferrara zwei weitere Merkmale: das gegenseitige Einverständnis der Parteien darüber, daß sie bewußt etwas anderes er-

¹⁾ Della simulazione dei negozi giuridici, 5. Aufl., Rom 1922.

²⁾ Ferrara, S. 37.

klären als sie wirklich wollen, und zum anderen die Absicht, Dritte zu täuschen¹⁾).

2. Sind die Parteien sich einig, zwar nicht die erklärte, wohl aber eine andere Rechtswirkung herbeiführen zu wollen (sog. relative Simulation im Gegensatz zur absoluten Simulation), so liegt darin ein ernsthaft gewolltes Rechtsgeschäft, das von dem Scheingeschäft zu unterscheiden ist. Das ernsthafte Geschäft ist in die Form des Scheingeschäfts gekleidet und wird hierdurch dissimuliert, d. h. vor der Umwelt verborgen. „Das Scheingeschäft ist wie ein falsches Etikett, das dem wirklich gewollten Geschäft angeheftet ist“²⁾).

Die bildhafte Beschreibung, die Ferrara von der Dissimulation gibt, enthält zwar keine völlig eindeutige Aussage darüber, welche Beziehungen zwischen dissimuliertem Geschäft und Scheingeschäft bestehen. Es genügt jedoch, sich daran zu erinnern, daß nach Auffassung Ferraras bei jeder, also auch bei der relativen Simulation ein Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung besteht. Das bedeutet: der wirkliche, geheime Vertragswille findet seine rechtsgeschäftliche Erklärung in der Scheinerklärung³⁾, obwohl diese objektiv einen ganz anderen Sinn hat.

Scheingeschäft und verdecktes Geschäft bilden demnach eine Einheit⁴⁾. In diesem Sinne hat sich auch der italienische Kassationshof in einer Entscheidung vom 21. 12. 1945 ausgesprochen: „Im Falle der Simulation liegt nur ein einziges Rechtsgeschäft vor, nämlich das Scheingeschäft, welches nach dem Willen der Vertragspartner einen anderen Inhalt hat, als es den Anschein hat“⁵⁾.

3. Die willenstheoretische Auffassung, die Ferrara um die Jahrhundertwende in Anlehnung an die deutsche Rechtswissenschaft entwickelte, setzte sich bald durch. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil Art. 1319 des alten Codice civile entsprechend seinem französischen Vorbild von „Gegenerklärungen“ sprach. Diese Gesetzesbestimmung vermochte es indessen nicht, die italienische Rechtsprechung und Lehre auf die Bahn der französischen Auffassung zu lenken, die das simulierte bzw. dissimulierte Geschäft als eine Kombination zweier Verträge ansieht, von denen einer den anderen aufhebt oder abändert. Auch heute ist die geschilderte willenstheoretische Auffassung in Rechtsprechung und Lehre noch vorherrschend⁶⁾.

¹⁾ Ferrara, S. 37.

²⁾ Ferrara, S. 176.

³⁾ Vgl. dazu Messineo, *Dottrina generale del contratto*, S. 303.

⁴⁾ Vgl. Messineo, a. a. O.

⁵⁾ Cass. civ. 21. 12. 1945, *Giur. compl.* 1945, II, 654.

⁶⁾ Cass. civ. 21. 12. 1945, a. a. O.; Cass. civ. 16. 7. 1946, *Giur. compl.* 1946, II 1, 704; Cass. civ. 11. 8. 1952, *Giur. compl.* 1953, I, 263; Cass. civ. 18. 1. 1955, *Giur. compl.* 1955, I, 247. Messineo, *Dottrina generale*, S. 298, 301 Anm. 8 sowie die folgenden bei Distaso, *La simulazione dei negozi giuridici*, S. 22 Anm. 1 zitierten Autoren: Pestalozza, „Simulazione“, in: *Enciclopedia giuridica italiana*, Mailand 1925, Bd. 15, Teil 2, Abschnitt 2, S. 747 ff.; Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, Mailand 1929, S. 370; Giannattasio, in: *Commentario D'Amelio-Finzi, Le obbligazioni*, Florenz 1948, S. 604; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Neapel 1949, S. 496 ff.

III. Gegen die Willentheorie hat Messina im Anschluß an Kohler die Erklärungstheorie ins Feld geführt. Messina hebt hervor, daß die Simulation in einem „scheinbaren Kontrahieren“ (*contrarre apparentemente*) besteht. Das scheinbare Kontrahieren aber, so meint Messina, verlangt zwei Erklärungen, die sich gegenseitig annullieren: einmal die „Erklärung zu kontrahieren“ und zum anderen die „Erklärung, es nur scheinbar zu tun“ ¹⁾).

Die von den Parteien abgegebenen „Erklärungen zu kontrahieren“ bilden das eigentliche Scheingeschäft. Die „Erklärungen, es nur scheinbar zu tun“, bilden demgegenüber die Simulationsabrede, den sog. *accordo simulatorio* ²⁾).

IV. Ohne Rücksicht auf die rechtsgeschäftliche Erklärungstheorie ist heute die Meinung verbreitet, daß von einem Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung nicht die Rede sein könne. Denn die beiden Parteien, so betont man, verständigen sich ja darüber, daß sie das Scheingeschäft nicht wollen. Diese Verständigung kann aber nur dadurch zustandekommen, daß jede Partei ihren Willen, der Scheinerklärung keine oder eine andere Wirkung beizulegen, dem Vertragsgegner offenbart, ihm also seinen wahren Willen erklärt. Daher besteht kein Zwiespalt zwischen dem inneren Willen der Parteien und dem Willen, den sie dem Vertragsgegner erklären ³⁾).

Ein Gegensatz besteht lediglich zwischen den verschiedenen Erklärungen: für die Augen der Umwelt erklären die Parteien, das Geschäft zu wollen, während sie im geheimen erklärt haben, daß diese offenkundige Erklärung nicht gelten soll ⁴⁾).

Daß die Dritten nur die offenkundige Erklärung, nicht aber die geheime Erklärung kennen, berechtigt nicht, von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung zu sprechen. Denn der innere Wille und die Erklärung weichen nur dann voneinander ab, wenn der Erklärende dem **E r k l ä r u n g s e m p f ä n g e r** seinen wahren Willen nicht offenbart ⁵⁾. Daß Dritte den wahren Willen nicht erkennen können, weil sie nur einen Teil der Erklärungen zu Gesicht bekommen, ist demgegenüber unerheblich.

V. Nach der letztgenannten Auffassung findet auch das dissimulierte Geschäft in einer eigenen Erklärung Ausdruck. Die Parteien haben

¹⁾ Messina, *La simulazione assoluta*, *Scritti giuridici*, Bd. 5, Mailand 1948, S. 69 ff., 91 (zitiert nach Romano, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, *Riv. trim.* 1954, S. 27 Anm. 59, 60).

²⁾ Messina, a. a. O.

³⁾ Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, S. 126; Segrè, *In materia di simulazione nei negozi giuridici*, *Scritti giuridici*, Bd. 1, S. 427, 428; Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici*, *Studio di diritto romano*, S. 3; Distaso, *La simulazione dei negozi giuridici*, S. 27; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, S. 352, 353.

⁴⁾ Stolfi, a. a. O.

⁵⁾ Pugliese, S. 3 Anm. 2.

sich ja mitgeteilt, daß sie in Wirklichkeit ein anderes Geschäft schließen wollen¹⁾).

Hier entsteht jedoch eine Schwierigkeit. Nach heute ganz überwiegender Meinung ist dem Formerfordernis des dissimulierten Geschäfts Genüge getan, wenn das Scheingeschäft die Form des dissimulierten Geschäfts erfüllt²⁾. Man denkt dabei vor allem an die durch einen Kaufvertrag dissimierte Schenkung. Die für die dissimierte Schenkung erforderliche Form ist gewahrt, wenn der simulierte Kaufvertrag notariell beurkundet ist³⁾. Ist man nun der Meinung, daß das dissimulierte Geschäft in einer eigenen rechtsgeschäftlichen Erklärung zum Ausdruck kommt, so bleibt ungeklärt, weshalb die Form des Scheingeschäfts dem verdeckten Geschäft zugute kommt.

Diese Schwierigkeit versucht Distaso mit folgenden Überlegungen zu überwinden: Die Simulationsabrede und die darin enthaltene Erklärung des wirklichen Geschäfts bilden mit der Scheinerklärung einen einheitlichen Vorgang. Denn die gegensätzlichen Erklärungen dienen demselben einheitlichen Zweck, nämlich eine rechtsgeschäftliche Regelung ins Leben zu rufen, die von der scheinbaren Regelung abweicht. Diese unteilbare Absicht der Parteien verbindet die Erklärung des Scheingeschäfts mit der Erklärung, in Wirklichkeit etwas anderes zu wollen, zu einer einheitlichen Erklärung⁴⁾.

Bereits Segrè beschreibt diese Zusammengehörigkeit in anschaulicher Weise, wenn er davon spricht, daß die Parteien bei der Simulation eine Konventionalsprache verwenden⁵⁾. Das bedeutet: die Parteien erklären einander, daß sie ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen anderen als den gewöhnlichen Sinn beilegen wollen.

Aber auch wenn man erkannt hat, daß die Erklärung des dissimulierten Geschäfts und die Scheinerklärung eine Einheit bilden, ist das erwähnte Problem noch nicht gelöst. Weshalb soll die Form des dissimulierten Geschäfts schon dann gewahrt sein, wenn nur derjenige Teil der einheitlichen Erklärung beurkundet ist, der das wahre Geschäft nicht zum Ausdruck bringt. Distaso erklärt dies folgendermaßen: Die Simulationsabrede und die darin enthaltene Erklärung über das wirklich gewollte Geschäft haben als vorbereitende Erklärungen nur im „Innern“ des Simulationsvorgangs eine Bedeutung. Nach „außen“ wirkt nur die Scheinerklärung; genauer gesagt: die einzige rechtsgeschäftliche Erklärung ist die Erklärung des Scheinge-

1) Stolfi, a. a. O. So auch Messineo, *Dottrina generale*, S. 303, 305. Etwas abweichend aber Segrè, a. a. O. und Pugliese, a. a. O.

2) Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, S. 408, 416 Anm. 5; Distaso, S. 337, 340, 341; Romano, *Riv. trim.* 1954, S. 55; Pugliese, S. 3 Anm. 2. Für die verdeckte Schenkung vor allem Ferrara, S. 200, 201.

3) Ferrara, a. a. O.

4) Distaso, S. 336 ff., vgl. auch S. 1 ff.

5) Segrè, S. 427.

schäfts¹⁾). Die geheimen Abmachungen hingegen füllen das Scheingeschäft sozusagen mit seinem wahren Inhalt²⁾).

VI. 1. Nach einer neueren Auffassung fehlt beim Scheingeschäft nicht der Vertragswille, sondern es fehlt die *causa*, bzw. die *causa* ist mit einem Mangel behaftet.

Gemäß Art. 1325 C. c. it. bedarf jeder Vertrag einer *causa*, um wirksam zu sein. Abstrakte Rechtsgeschäfte sieht der *Codice civile* nicht vor. Der Begriff der *causa* ist allerdings sehr umstritten. Die eine Richtung sieht in der *causa* den subjektiven Zweck, der die Parteien zum Abschluß des Vertrages bewegt. Eine andere Richtung begreift die *causa* hingegen vornehmlich objektiv, nämlich als die wirtschaftlich-soziale Funktion des Rechtsgeschäfts und Grundlage für seine Anerkennung durch das Gesetz. Die herrschende Meinung nimmt eine Mittelstellung ein. Die *causa* ist ihr zufolge die soziale Funktion des Rechtsgeschäfts. Diese soziale Funktion ist sowohl der Grund, weshalb die Rechtsordnung das Rechtsgeschäft wirksam sein läßt, als auch das Ziel, das die Parteien mit dem Abschluß des Geschäfts erstreben³⁾).

Die Autoren, die in der Simulation das Fehlen oder die Mangelhaftigkeit der *causa* erblicken, gehen im Gegensatz zur Willenstheorie davon aus, daß die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts nicht davon abhängt, ob die Parteien die Wirkungen des Rechtsgeschäfts wollen oder nicht. Denn allein die Rechtsordnung ist dazu berufen, die rechtlichen Wirkungen des Rechtsgeschäftes festzulegen⁴⁾. Den Parteien obliegt es, zur Erreichung ihrer praktischen Ziele ihre gegenseitigen Beziehungen in einer privaten „Satzung“ (*precetto*) zu regeln, indem sie sich der vom Gesetz zur Verfügung gestellten Geschäftstypen bedienen. Aber allein das Gesetz entscheidet, welche *Rechtswirkung* das Geschäft entfaltet⁵⁾).

2. Carnelutti hat als einer der ersten im Scheingeschäft einen Mangel der *causa* erblickt. Für Carnelutti ist die *causa* das Interesse, das die Parteien am Abschluß des Vertrages haben⁶⁾. Seiner Meinung nach ist ein Rechtsgeschäft dann simuliert, wenn es geschlossen wird, ohne daß die Parteien ein Interesse daran haben, daß es seine Wirkungen entfaltet. Bei der absoluten Simulation besteht überhaupt kein Interesse an einer rechtsgeschäftlichen Wirkung. Bei der relativen

¹⁾ Distaso, S. 337, 338.

²⁾ Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Neapel 1954, S. 135 (zitiert nach Distaso, S. 342).

³⁾ Zum ganzen Mirabelli, *Dei contratti in generale*, S. 111 ff.

⁴⁾ Carnelutti, *Sistema del diritto processuale civile*, Bd. 2, S. 406; Betti, *Teoria generale*, S. 85, 86, 410.

⁵⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 85. Zu dieser neuen, sog. objektiven Rechtsgeschäftstheorie vgl. das zitierte Werk von Betti sowie Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Neapel 1956; zusammenfassend: Mirabelli, *Dei contratti in generale*, S. 3 ff.

⁶⁾ Carnelutti, S. 394, 395.

Simulation hingegen verlangt das Interesse der Parteien eine andere Rechtswirkung, als das Gesetz sie an das Rechtsgeschäft knüpft ¹⁾).

3. Einen erheblichen Einfluß hat Betti mit seiner Auffassung vom Scheingeschäft auf die italienische Rechtswissenschaft ausgeübt. Betti betont, daß beim Scheingeschäft sowohl der Wille zur Erklärung (Handlungswille) vorhanden ist als auch das Bewußtsein von deren typischer objektiver Bedeutung (Sinnbewußtsein) ²⁾. Das Merkmal des Scheingeschäfts soll vielmehr darin liegen, daß die konkrete Parteiabsicht mit der causa, d. h. der typischen Zweckbestimmung des Rechtsgeschäfts, unvereinbar ist ³⁾.

Ein Schuldner veräußert zum Beispiel einen Wertgegenstand durch einen Kaufvertrag ⁴⁾ zu dem alleinigen Zweck, das Vermögensstück seinen Gläubigern zu entziehen. Die Erklärungen der Parteien, daß sie einen Kaufvertrag schließen, sind gewollt (Handlungswille), und die Parteien sind sich der objektiven Bedeutung ihrer Erklärungen bewußt (Sinnbewußtsein). Aber sie schließen das Geschäft nicht um seines typischen wirtschaftlichen Zweckes willen, sondern als Mittel zu einem ganz anderen Zweck. Sie bezwecken nicht den Austausch einer Sachleistung gegen eine Geldleistung, sondern sie wollen lediglich den Gläubigern den Haftungsgegenstand entziehen. Betti spricht deshalb von einem Mißbrauch der Instrumentalfunktion des Rechtsgeschäfts ⁵⁾.

Bei der relativen Simulation fällt der wirklich angestrebte, abweichende Zweck in den Bereich der Privatautonomie ⁶⁾. So zum Beispiel, wenn die Parteien mit dem Abschluß eines Kaufvertrages eine Schenkung bezwecken. Der Kaufvertrag ist das Mittel zur Verwirklichung des Schenkungszwecks. Daß nach dem Gesetz der Kaufvertrag unter den Parteien die Wirkungen eines Schenkungsvertrages entfaltet, beruht auf einer korrektiven Auslegung des Scheingeschäfts. Das Gesetz nimmt diese berichtigende Auslegung auf Grund der Simulationsabrede vor, in der die abweichende Parteiabsicht zum Ausdruck kommt. Diese Betrachtungsweise erklärt auch, weshalb die Form des Scheingeschäfts dem dissimulierten Geschäft zugute kommt ⁷⁾.

4. Von ähnlichen Voraussetzungen wie Betti geht Pugliatti aus. Pugliatti sieht in der Simulationsabrede (*accordo simulatorio*) einerseits und in dem Scheingeschäft andererseits die beiden Hauptelemente der Simulation. Das Scheingeschäft selbst ist ein normales Rechtsgeschäft. Daß es als „simuliertes“ Geschäft, als „Scheingeschäft“

¹⁾ Carnelutti, S. 405, 406.

²⁾ Betti, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts. Festschrift für Koschaker, Bd. 1, S. 296.

³⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 404.

⁴⁾ Bereits der Abschluß des obligatorischen Vertrages bewirkt gemäß Art. 1376 C. c. it. den Eigentumsübergang.

⁵⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 403.

⁶⁾ Betti, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht, S. 297.

⁷⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 408, 409.

qualifiziert wird, beruht auf der Simulationsabrede, von der Art. 1414 C. c. it. in seinem Absatz 3 spricht. Die Simulationsabrede legt die Absicht der Parteien dahingehend fest, daß eine Fiktion entstehen soll, daß nicht der typische Geschäftszweck, sondern ein anderer Zweck verfolgt werden soll. Dadurch wird die Zweckbestimmung, die das Geschäft charakterisiert, unreal, und das Rechtsgeschäft ist daher nur der Schein eines solchen. Die Simulationsabrede beraubt das Rechtsgeschäft seiner causa¹⁾. Bei relativer Simulation wird die causa lediglich verändert²⁾. Die Simulationsabrede betrachtet Pugliatti als ein regelrechtes zweiseitiges Rechtsgeschäft mit einer typischen causa³⁾.

Pugliatti ist allerdings im Gegensatz zu Betti der Meinung, daß die Theorie, die im Scheingeschäft einen Zwiespalt zwischen typischer causa und konkreter Parteiabsicht erblickt, bei der relativen Simulation in Schwierigkeiten gerät. Sie vermag wohl den Fall zu erklären, daß das Scheingeschäft einen anderen Vertragstyp verdeckt, z. B. der Kaufvertrag einen Schenkungsvertrag; denn die typische causa des Kaufvertrags wird hier durch die konkrete Schenkungsabsicht verändert. Es erscheint aber unnatürlich, so führt Pugliatti aus, auch dort einen Mangel der causa zu sehen, wo nicht die causa, sondern andere Elemente des Vertrages dissimuliert werden, nämlich die Person des Vertragspartners, der Gegenstand des Vertrages oder einzelne Bestimmungen, wie z. B. die Höhe des Kaufpreises⁴⁾.

5. Diese Schwierigkeit hat Romano veranlaßt, in großen Zügen eine etwas abgewandelte Konzeption zu entwerfen⁵⁾. Auch Romano geht davon aus, daß bei der Simulation die causa, die typische Zweckbestimmung des Vertrages, mit der wirklichen praktischen Absicht der Parteien unvereinbar ist⁶⁾. Als entscheidend aber sieht er an, daß die praktische Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, den geschlossenen Vertrag nicht zu verwirklichen. Diese Nichtverwirklichung besteht etwa darin, daß die vereinbarten Zahlungen nicht vorgenommen werden oder daß der Veräußerer einer Sache weiterhin als Eigentümer behandelt wird. Bei der relativen Simulation hingegen haben die Parteien die Absicht, einen anderen als den geschlossenen Vertrag zu verwirklichen⁷⁾.

Die Absicht der Nichtverwirklichung stellt, so meint Romano, für die Wirksamkeit des simulierten Geschäfts zunächst nur eine Bedrohung dar. Das simulierte Geschäft wird erst dann wirkungslos, wenn die Parteien ihre Absicht in die Tat umgesetzt haben und von der Aus-

1) Pugliatti, „La simulazione dei negozi unilaterali“ In *Diritto civile* (Saggi), Mailand 1951, S. 543, 544 (zitiert nach Romano, *Riv. trim.* 1954, S. 32, 33 und S. 20 Anm. 22).

2) a. a. O., S. 572.

3) a. a. O., S. 572.

4) a. a. O., S. 560, 561.

5) Romano, *Riv. trim.* 1954, S. 15 ff., 33, 34.

6) a. a. O., S. 38.

7) a. a. O., S. 34, 36.

führung des Vertrages ganz abgesehen bzw. einen anderen Vertrag verwirklicht haben. Denn die Nichtverwirklichung ist — soweit sie von Anfang an gewollt war — mit der Existenz des Vertrages unvereinbar, und deshalb erklärt das Gesetz den Vertrag unter den Parteien für wirkungslos. Im Falle relativer Simulation nimmt das Gesetz eine Rekonstruktion des Vertrages vor, wobei es von dem ausführenden Verhalten der Parteien und ihrer zugrundeliegenden Simulationsabsicht ausgeht. Um Gewißheit zu erlangen, ob der Vertrag endgültig als nicht ausgeführt anzusehen ist, bedarf es einer dahingehenden Feststellungsklage ¹⁾).

Romano ist der Meinung, daß auch bei der relativen Simulation nur eine einzige rechtsgeschäftliche Erklärung vorliege, nämlich die des Scheinvertrages ²⁾).

6. Die neuartige Konzeption, die das Scheingeschäft als einen Mangel der causa begreift, hat auch beim italienischen Kassationshof ein Echo gefunden. Obwohl der Kassationshof in der Regel die traditionelle willentheoretische Auffassung vertritt, hat er in einer Entscheidung aus dem Jahre 1950 die Nichtigkeit des Scheingeschäfts mit dem Fehlen der causa begründet ³⁾).

B. Die Begriffsmerkmale im einzelnen nach der herrschenden willentheoretischen Auffassung

1. Zum Begriff der Simulation gehört nach der willentheoretischen Definition eine vom wahren Willen abweichende Erklärung. Die Erklärung, von der hier die Rede ist, ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung, eine Willenserklärung (*dichiarazione di volontà*). Von der Willenserklärung ist die Wissenserklärung (*dichiarazione di scienza*) zu unterscheiden, mit der die Person nicht ihren Willen äußert, sondern über Tatsachen berichtet. Die Wissenserklärung, die nicht wahrheitsgemäß abgegeben wird, ist eine Lüge, aber kein Scheingeschäft ⁴⁾). Deshalb ist die Angabe eines falschen Datums in einer Vertragsurkunde kein Scheingeschäft, sondern eine schriftliche Lüge, obwohl die Datumsangabe mit der rechtsgeschäftlichen Erklärung eng verbunden ist ⁵⁾). Eine Quittung soll allerdings ein Scheingeschäft enthalten können, da auch eine Quittung rechtsgeschäftlichen Charakter haben könne ⁶⁾).

In der Regel ist das Scheingeschäft ein Vertrag, es geben also beide Parteien eine von ihrem wahren Willen abweichende Erklärung ab.

¹⁾ a. a. O., S. 42, 46.

²⁾ a. a. O., S. 34, 53.

³⁾ Cass. civ. 4. 7. 1950, *Giur. compl.* 1950, III, 511 mit zustimmender Anmerkung La Torre.

⁴⁾ Distaso, S. 140, 141, 218 ff.

⁵⁾ Distaso, S. 221; a. A. Ferrara, S. 212.

⁶⁾ Distaso, S. 227, 228.

Aber gemäß Art. 1414 Abs. 3 C. c. it. kann auch ein einseitiges Rechtsgeschäft simuliert sein, wenn die Erklärung an eine bestimmte Person zu richten ist, es sich also um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt. Die in Art. 1414 Abs. 3 C. c. it. ausdrücklich erwähnte Simulationsabrede wird hier zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsempfänger getroffen. Bei nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen ist hingegen nach dem Gesetz eine Simulation nicht möglich. Die für das Scheingeschäft charakteristische Simulationsabrede, so meint Distaso, ist nur dort denkbar, wo ein anderer zur Vollendung und zur Wirksamkeit der Willenserklärung mitwirken muß, wie dies bei der empfangsbedürftigen Erklärung der Fall ist ¹⁾.

II. Die Abweichung der Erklärung vom inneren Willen ist **b e w u ß t u n d g e w o l l t**. Dadurch unterscheidet sich das Scheingeschäft vom Irrtum, bei dem die Abweichung dem Erklärenden nicht bewußt ist ²⁾.

Das Bewußtsein von der Divergenz zwischen Wille und Erklärung trennt auch die relative Simulation von der irrtümlichen Falschbenennung, bei der sich beide Parteien gemeinsam über die objektive Bedeutung ihrer Erklärung irren ³⁾.

III. Zwischen den Parteien herrscht **E i n v e r s t ä n d n i s** darüber, daß die Erklärungen vom wahren Willen abweichen und die Umwelt täuschen sollen. In diesem gegenseitigen Einverständnis liegt der Unterschied zur reservatio mentalis, wo der wissentliche Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung gerade die Täuschung des Erklärungsempfängers bezweckt ⁴⁾.

Selbst wenn der Erklärungsempfänger die reservatio mentalis durchschaut, so fehlt doch das für das Scheingeschäft typische Einvernehmen der Parteien ⁵⁾. Dieser Unterschied kann im Gegensatz zum deutschen Recht auch von praktischer Bedeutung sein. Unter den Parteien führt zwar die Simulation ebenso zur Nichtigkeit wie die erkannte Mentalreservation ⁶⁾. Gegenüber gutgläubigen Dritten aber wird das Scheingeschäft in der Regel als gültig behandelt, während die erkannte Mentalreservation auch im Verhältnis zu außenstehenden Dritten stets die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt.

IV. Die **A b s i c h t, D r i t t e z u t ä u s c h e n**, bewegt die Parteien zum Abschluß des Scheingeschäftes. Diese Täuschungsabsicht ist ein Begriffsmerkmal der Simulation. Sie darf nicht verwechselt werden mit der Absicht, Dritte zu schädigen, denn die Simulation kann

1) Distaso, S. 246, 301. Ferrara hielt sogar bei empfangsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäften eine Simulation für unmöglich, da der Erklärungsempfänger an der Verwirklichung der Scheinerklärung nicht beteiligt sei; Ferrara, S. 107.

2) Ferrara, S. 37.

3) Ferrara, S. 178.

4) Ferrara, S. 38, 48.

5) Distaso, S. 69 ff.

6) Ferrara, S. 48.

auch das erlaubte Ziel haben, ein Rechtsgeschäft der Neugier und Indiskretion zu entziehen. In der Regel allerdings dient das Scheingeschäft dazu, Dritte zu betrügen, oder eine Gesetzesverletzung zu verdecken ¹⁾).

Die Absicht, Dritte zu täuschen, unterscheidet das Scheingeschäft von anderen nichternstlichen Willenserklärungen, die die Parteien im gegenseitigen Einverständnis abgeben: von der gemeinsamen Scherzerklärung, dem Vertragsschluß auf der Theaterbühne und den rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu Lehrzwecken ²⁾). Der Unterschied ist bedeutsam, weil die genannten nichternstlichen Erklärungen im Gegensatz zum Scheingeschäft auch gutgläubigen Dritten gegenüber nichtig sind.

V. Messina ist der Meinung, daß bei der absoluten Simulation der Abschluß des Scheingeschäfts nur den Anfang der Simulation bilde. Die Simulation, die dazu diene, Dritte zu betrügen, sei erst dann abgeschlossen, wenn die geplante Täuschung vollendet, d. h. wenn das meist schriftlich fixierte Scheingeschäft den Dritten zur Kenntnis gebracht worden sei. Die *Vollendung der Täuschung* (*consumazione dell'inganno*) gehöre demnach zum Begriff der Simulation ³⁾).

Messina hat mit dieser Ansicht keine Gefolgschaft gefunden ⁴⁾. Man weist vor allem darauf hin, daß die beiden Simulanten nicht immer einen Betrug bezwecken ⁵⁾, ja daß sie oft gar keine bestimmte Person täuschen wollen, sondern nur Vorsorge treffen, daß etwaige neugierige Blicke die wahre Rechtslage nicht erkennen können ⁶⁾.

C. Die Wirkungen der Simulation unter den Parteien

I. Als erstes sind die Wirkungen des Scheingeschäftes zu behandeln.

1. Nach Art. 1414 Abs. 1 C. c. it. hat das Scheingeschäft unter den Parteien keine Wirkung. Es ist nichtig ⁷⁾.

Mit dieser gesetzlichen Regelung ist zugleich klargestellt, daß die Parteien sich auf die Simulation berufen können. Der Satz „*nemo auditur turpitudinem propriam allegans*“, den man oftmals den Simulanten hat entgegenhalten wollen, findet keine Anwendung ⁸⁾.

¹⁾ Ferrara, S. 38.

²⁾ Ferrara, S. 38.

³⁾ Messina, *La simulazione assoluta*, *Scritti giuridici*, Bd. 5, Mailand 1948, S. 91 und 95 (zitiert nach Distaso, S. 77 Anm. 3).

⁴⁾ Ferrara, S. 42; Distaso, S. 77.

⁵⁾ Ferrara, S. 42.

⁶⁾ Pugliatti, „*La simulazione dei negozi unilaterali*“, in: *Diritto civile* (Saggi), Mailand 1951, S. 551 (zitiert nach Distaso, S. 83 Anm. 10).

⁷⁾ Stolfi, S. 129.

⁸⁾ Ferrara, S. 307.

2. a) Von dem Grundsatz, daß das simulierte Rechtsgeschäft unter den Parteien nichtig ist, ist nach herrschender Meinung die Eheschließung ausgenommen.

Seit 1929 gibt es in Italien für Katholiken nur noch die kirchliche Trauung, an die der Staat auch die Wirkungen einer zivilrechtlichen Eheschließung knüpft ¹⁾. Die zivilrechtliche Wirksamkeit setzt zunächst einmal voraus, daß die Eheschließung nach kanonischem Recht gültig ist. Daneben aber müssen auch die zivilrechtlichen Wirksamkeitsbedingungen erfüllt sein ²⁾.

Das kanonische Recht betrachtet sowohl die Mentalreservation als auch die Simulation als einen Nichtigkeitsgrund für die Eheschließung (Canon 1086, § 2 Codex Iuris Canonici) ³⁾. Im Zivilrecht hingegen bewirkt die Simulation nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Lehre keine Nichtigkeit der Eheschließung ⁴⁾. Die Begründungen hierfür sind verschieden. Zum Teil sieht man in der Handlung des Standesbeamten bzw. des Priesters das einzige konstitutive Element der Eheschließung, in der Einigung der Verlobten hingegen nur die Voraussetzung für das Tätigwerden des Standesbeamten ⁵⁾. Ferrara meint, der Standesbeamte nehme als dritte Partei an dem Rechtsakt teil, den er durch seine Erklärung vervollständige. Wenn die Verlobten entgegen ihrer Erklärung die Ehe nicht ernsthaft schließen wollten, so sei dies eine unbeachtliche doppelte Mentalreservation gegenüber dem Standesbeamten ⁶⁾. Betti betont, daß die Institution der Ehe nicht dazu diene, private, der freien Disposition unterliegende Interessen zu regeln, sondern zum Schutz des höheren Familieninteresses bestimmt sei. Das höhere Familieninteresse verlange die Stabilität und Sicherheit des ehelichen Bandes und demgegenüber müßten sich die privaten Interessen der Verlobten unterordnen ⁷⁾.

Im Gegensatz hierzu gibt es vereinzelte Urteile, welche die simulierte Eheschließung für nichtig erklären ⁸⁾. In der Literatur vertritt eine Mindermeinung den Standpunkt, daß weder ein öffentliches noch ein privates Interesse daran bestehe, zwei Personen, die kein Ehepaar werden wollten, zum Zusammenleben zu zwingen. Das Gesetz enthalte auch keine Bestimmung, die der simulierten Eheschließung Wirksamkeit beilege ⁹⁾.

b) Auch auf die Wirksamkeit einer Adoption hat die Simulation keinen Einfluß. Denn jede von den Parteien erstrebte Adoption wird

¹⁾ Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, Bd. 2, 1. Teil, S. 33.

²⁾ Messineo, a. a. O., S. 52, 53.

³⁾ Distaso, S. 267.

⁴⁾ Distaso, S. 270 ff. mit Literaturnachweisen; Rechtsprechungsnachweise ebenda, S. 275 Anm. 19.

⁵⁾ Cicu, Il diritto di famiglia, Rom 1914, S. 237 ff. (zitiert nach Distaso, S. 270 Anm. 2).

⁶⁾ Ferrara, S. 93.

⁷⁾ Betti, Teoria generale, S. 413.

⁸⁾ Tribunale Florenz, Giur. compl. 1950, I, 653 und die bei Distaso zitierte Rechtsprechung, S. 275 Anm. 19.

⁹⁾ Jemolo, Il matrimonio, 3. Aufl., Turin 1957, S. 106, 110 ff.; Stolfi, S. 127 Anm. 1.

erst durch den Spruch des Appellationshofes (Corte d'Appello) vollzogen. Nach herrschender Auffassung beruht die Adoption daher auf einem Staatsakt, welcher der privaten Verfügung entzogen ist. Die Adoption ist also gültig, auch wenn die Willenserklärungen des Adoptierenden und des Adoptierten simuliert sind ¹⁾.

3. Das Scheingeschäft ist zwar nichtig, aber es bewirkt doch immerhin, daß derjenige, der sich im Prozeß auf den Scheincharakter und damit die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts beruft, hierfür die Beweislast trägt. Die Rechtsordnung knüpft also an das Scheingeschäft die Vermutung seiner Wirksamkeit. Gelingt es nicht, diese Vermutung zu widerlegen, so entfaltet das Scheingeschäft durch das Urteil, dem es als Grundlage dient, die Wirkungen eines gültigen Rechtsgeschäfts ²⁾.

Die Partei, welche die Simulation gerichtlich geltend machen will, hat eine *azione di simulazione*, d. h. das Recht, die Nichtigkeit des Scheingeschäfts und eventuell das Bestehen des dissimulierten Geschäfts durch ein Urteil feststellen zu lassen. Dieses Klagerecht hat seine Grundlage in dem berechtigten Interesse jeder Partei, den falschen Schein zu beseitigen. Die Feststellungsklage wird häufig dazu dienen, einer späteren Leistungsklage, für welche die Feststellung der Simulation präjudiziell ist, den Weg zu ebnen ³⁾. Die Leistungsklage kann aber auch unmittelbar, ohne vorherige Feststellungsklage erhoben werden ⁴⁾. Die Simulation kann auch als Einwendung geltend gemacht werden ⁵⁾. Die *azione di simulazione* entspricht der *action en declaration de simulation* des französischen Rechts ⁶⁾.

4. Den Parteien ist allerdings nicht gestattet, die Simulation eines Rechtsgeschäfts mit allen zur Verfügung stehenden Beweismitteln darzutun.

Art. 2722 C. c. it. bestimmt, daß frühere oder gleichzeitige Vereinbarungen, die einen urkundlich niedergelegten Vertrag ergänzen oder ihm widersprechen, nicht durch Zeugen bewiesen werden können. Dieses Verbot erstreckt sich gemäß Art. 2729 C. c. it. auch auf den Beweis durch tatsächliche Vermutungen.

Nun besteht zwar das Wesen der Simulation nach der herrschenden willentheoretischen Auffassung und entgegen der französischen Theorie nicht darin, daß ein offener Vertrag durch einen gleichzeitigen geheimen Gegen- oder Zusatzvertrag abgeändert wird, sondern die Simulation ist dadurch gekennzeichnet, daß der wahre Wille von der abgegebenen Erklärung abweicht. Dennoch ist es in Italien unstrittig, daß Artt. 2722, 2729 C. c. it. auf das schriftlich erklärte Scheingeschäft Anwendung finden und die Simulation infolgedessen nicht durch Zeu-

¹⁾ Cicu, *La filiazione*, 2. Aufl., Turin 1958, S. 281, 275; Distaso, S. 255.

²⁾ Ferrara, S. 305, 306; Distaso, S. 567, 619.

³⁾ Ferrara, S. 340 ff.

⁴⁾ Distaso, S. 661.

⁵⁾ Messineo, *Dottrina generale*, S. 311; Distaso, S. 658.

⁶⁾ Vgl. 2. Teil, C. I. 5., S. 41.

gen und nicht durch tatsächliche Vermutungen bewiesen werden kann¹⁾). Dies ergibt sich auch durch *argumentum e contrario* aus Art. 1417 C. c. it., der für einige bestimmte Fälle zuläßt, daß die Simulation durch Zeugen bewiesen wird. Unter der Herrschaft des alten *Codice civile* wurde gleichfalls angenommen, daß die Parteien beim Beweis der Simulation den erwähnten Beschränkungen unterworfen seien²⁾).

Da von den zulässigen Beweismitteln weder das Geständnis noch der Eid (*giuramento*) sichere Aussicht auf Erfolg bieten, können die Parteien die Simulation normalerweise nur durch eine Urkunde beweisen, in der sie ihren wahren Willen festgehalten haben³⁾). Die in dieser Urkunde enthaltenen Gegenerklärungen (*controdi chiarazioni*) sind entsprechend der willentheoretischen Konzeption und entgegen der französischen Theorie rein deklarativ. Die Urkunde ist keine wirkende, sondern eine berichtende Urkunde⁴⁾). Ferrara, der ebenfalls den deklaratorischen Charakter der Gegenerklärungen betont, sieht in ihnen jedoch eine rechtsgeschäftliche Bestätigung der Rechtslage, ein sog. Feststellungsgeschäft⁵⁾).

Die Abfassung einer Urkunde, in welcher der wirkliche Parteiwille festgehalten wird, widerspricht nun allerdings dem Bedürfnis der Parteien, die wahren Rechtsbeziehungen geheimzuhalten. Deshalb führen die erwähnten Beweisbeschränkungen oftmals dazu, daß das Scheingeschäft nicht nachgewiesen werden kann und dann im praktischen Ergebnis dieselben Wirkungen entfaltet wie ein ernsthaft gewolltes Rechtsgeschäft⁶⁾).

Ausnahmsweise ist den Parteien durch Art. 1417 C. c. it. der Zeugen- und Indizienbeweis erlaubt, wenn damit dargetan werden soll, daß das dissimulierte Geschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Nach Art. 2724 C. c. it. ist der Zeugenbeweis auch dann zugelassen, wenn der Anfang eines Urkundenbeweises vorhanden ist, oder wenn die Partei außerstande war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, bzw. wenn sie die Beweisurkunde schuldlos verloren hat.

II. Die Wirkungen des dissimulierten Geschäfts sind ebenfalls im Gesetz geregelt.

Nach Art. 1414 Abs. 2 C. c. it. ist das dissimulierte Rechtsgeschäft unter den Parteien wirksam, wenn es im übrigen alle materiellen und formellen Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt. Verstößt der dissimulierte Vertrag zum Beispiel gegen ein gesetzliches Verbot, so ist er nichtig. Dem Formerfordernis des verdeckten Geschäfts ist nach heute überwiegender Auffassung Genüge getan, wenn das Scheinge-

1) Distaso, S. 572, 573 Anm. 4 mit Nachweisen. Vgl. z. B. Cass. civ. 14. 4. 1951, *Giur. compl.* 1951, II, 243, 2. Spalte.

2) Ferrara, 310.

3) Ferrara, S. 311.

4) Distaso, S. 577 ff., 583.

5) Ferrara, S. 312, 313.

6) Distaso, S. 619.

schaft die Form des dissimulierten Geschäfts erfüllt, wenn also beispielsweise der Kaufvertrag, der eine Schenkung dissimuliert, notariell beurkundet ist ¹⁾).

Die Wirksamkeit des verdeckten Geschäfts wird in ihrer praktischen Bedeutung durch die bereits beim Scheingeschäft erwähnten Beweisbeschränkungen ²⁾ abgeschwächt. Die Parteien können die Simulation und damit auch den dissimulierten Vertrag in der Regel nur durch eine Urkunde beweisen. Häufig aber werden sie auf die Abfassung einer solchen Urkunde bewußt verzichtet haben und infolgedessen außerstande sein, im Streitfalle den erforderlichen Beweis für den Abschluß des verdeckten Geschäfts zu erbringen.

D. Die Wirkungen der Simulation gegenüber Dritten

I. Dritte können ein Interesse daran haben, sich auf die wahre Rechtslage zu berufen. Deshalb bestimmt Art. 1415 Abs. 2 C. c. it., daß Dritte die Simulation gegenüber den Parteien geltend machen können, wenn ihre Rechte beeinträchtigt werden. Für die Gläubiger des Scheinveräußerers ist dies in Art. 1416 Abs. 2 C. c. it. noch einmal besonders ausgesprochen. Wer also ein rechtliches Interesse daran hat, kann den Parteien die Nichtigkeit des Scheingeschäfts bzw. die Wirksamkeit des dissimulierten Geschäfts entgegenhalten. Er kann insbesondere die Simulation mittels der *azione di simulazione* durch ein Urteil feststellen lassen ³⁾.

Der Beweis der Simulation wird den Dritten leichter gemacht als den Parteien. Während die Parteien in der Regel eine schriftliche Gegenerklärung, eine „*controdi chiarazione*“, vorlegen müssen ⁴⁾, darf der Dritte gemäß Art. 1417 C. c. it. die Simulation durch Zeugen und daher auch mit Hilfe tatsächlicher Vermutungen (Anscheinsbeweis) beweisen ⁵⁾. Dem liegt der Gedanke zugrunde, daß die Dritten, welche Opfer der Täuschung werden sollten, ja nicht in der Lage sind, sich eine schriftlich fixierte Gegenerklärung der Parteien zu verschaffen.

II. Dritte Personen, die im Vertrauen auf die Gültigkeit des Scheinvertrages Rechte erworben haben, sind demgegenüber daran interessiert, daß das Scheingeschäft als ein wirksames Geschäft aufrechterhalten wird. Zwar wird beim Erwerb beweglicher Sachen der gute Glaube bereits nach den allgemeinen Bestimmungen geschützt; wer bewegliche Sachen von einem Nichtberechtigten erwirbt, wird gemäß Art. 1153 C. c. it. Eigentümer, wenn er im Zeitpunkt der Übergabe gut-

¹⁾ Siehe oben unter A. V., S. 72 und die dort zitierten Nachweise.

²⁾ Siehe unter I. 4., S. 80.

³⁾ Messineo, *Dottrina generale*, S. 323.

⁴⁾ Siehe oben unter C. I. 4., S. 80.

⁵⁾ Vgl. Art. 2729 Abs. 1 und 2 C. c. it.

gläubig ist. Bei Grundstücken, registrierten Mobilien (Schiffe, Luftfahrzeuge, Automobile) und Forderungen hingegen gibt es einen entsprechenden allgemeinen Gutglaubensschutz nicht. Wohl müssen Verträge über Grundstücksrechte durch Aufnahme in ein öffentliches Register „umgeschrieben“, d. h. publiziert werden (Art. 2643 ff. C. c. it.), die „Umschreibung“ (trascrizione) eines nichtigen Rechtsgeschäfts ermöglicht aber ebenso wenig wie im französischen Recht den gutgläubigen Rechtserwerb eines Dritten ¹⁾).

1. Art. 1319 des Codice civile von 1865 bestimmte deshalb in Anlehnung an Art. 1321 des französischen Code civil, daß die privatschriftlichen Gegenerklärungen nur unter den Vertragsparteien und ihren Gesamtrechtsnachfolgern wirksam seien. Die willenstheoretische Lehre legte diese Vorschrift dahin aus, daß die Simulation gegenüber gutgläubigen Dritten auch durch das Hauptbeweismittel, nämlich die schriftliche Gegenerklärung, nicht bewiesen werden könne. Ebenso hielt man nach dem Zweck des Art. 1319 C. c. it. die übrigen Beweismittel für ausgeschlossen. Das bedeutete, daß die Parteien einem gutgläubigen Dritten die Simulation überhaupt nicht entgegenhalten konnten ²⁾. Die den Parteien zugestandene Vertragsfreiheit fand demnach ihre Grenze in der Notwendigkeit, den guten Glauben Dritter und die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu schützen ³⁾. Als eine Strafe für die von ihm mitverschuldete Täuschung verlor der Scheinveräußerer sein Recht zugunsten des gutgläubigen Dritten ⁴⁾.

Nach Meinung Ferraras hinderte Art. 1319 C. c. it. nur die Parteien, nicht aber andere Personen daran, dem gutgläubigen Dritten den Scheincharakter des Rechtsgeschäfts entgegenzuhalten. Demnach konnten z. B. die Gläubiger des Scheinveräußerers dem gutgläubigen Erwerber sein Recht streitig machen. Eine weitere Lücke des Art. 1319 C. c. it. sah Ferrara darin, daß nach dem Wortlaut der Vorschrift der Gutglaubensschutz entfiel, wenn die Gegenerklärung öffentlich beurkundet war ⁵⁾.

In diesen Fällen griff Ferrara auf einen allgemeinen Rechtsgedanken zurück, den er in der Regelung der reservatio mentalis verwirklicht sah. Danach werde der innere Wille, der zum Zwecke der Täuschung bewußt von der Erklärung abweiche, von der Rechtsordnung nicht als wirksam anerkannt. Dieser Grundsatz sei auch auf die Simulation anwendbar, denn diese sei nichts anderes als eine zweiseitige reservatio mentalis, ein geheimer Vorbehalt beider Parteien gegenüber dem Publikum ⁶⁾.

¹⁾ Ferrara, S. 244, 245.

²⁾ Ferrara, S. 266.

³⁾ Ferrara, S. 253.

⁴⁾ Ferrara, S. 266.

⁵⁾ Ferrara, S. 281 f.

⁶⁾ Ferrara, S. 290.

Gegen diese Gleichstellung von Simulation und reservatio mentalis hat Messina eingewandt, bei der Simulation sei die Willenserklärung notwendigerweise empfangsbedürftig; da die Dritten aber nicht als Empfänger der Scheinerklärung betrachtet werden könnten, enthalte die Erklärung auch keinen geheimen Vorbehalt ¹⁾. Ferrara hat darauf folgendes erwidert: die simulierte Erklärung ist zwar nicht unmittelbar an die Dritten gerichtet, sie ist aber abgegeben, damit die Dritten von ihr Kenntnis erhalten; subjektiv, d. h. nach dem Willen der Parteien, ist die Erklärung für die Kenntnis der Dritten bestimmt, die ihrerseits auch an der Erklärung interessiert sind; jedenfalls ist die Analogie mit einer unmittelbar an die Dritten gerichteten Erklärung unbestreitbar ²⁾. Ferrara gelangt schließlich zu folgendem Satz: die Simulation wirkt nicht zum Nachteil gutgläubiger Dritter, wenn deren Rechtserwerb entgeltlich ist ³⁾.

Der von Ferrara herausgearbeitete Grundsatz vermag jedoch nicht die vielfältigen Interessenkonflikte zu lösen, die entstehen können, wenn der eine Dritte sich auf die Nichtigkeit, ein anderer hingegen sich auf die Wirksamkeit des Scheingeschäfts beruft. Ferrara selbst hat in solchen Fällen die Anwendung seines Prinzips nicht immer konsequent durchgeführt ⁴⁾. Die Interessen der sich gegenüberstehenden Dritten sind von jeweils unterschiedlichem Gewicht. Insbesondere ist das Interesse eines rechtsgeschäftlichen Erwerbers im allgemeinen höher zu bewerten als das Interesse eines Gläubigers, der in den zum Schein veräußerten Gegenstand vollstrecken will. Daher ist eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich.

Der Codice civile von 1942 hat in seinen Artt. 1415, 1416 versucht, dem jeweils unterschiedlichen Gewicht, das dem Interesse Dritter beizumessen ist, gerecht zu werden.

2. a) Art. 1415 Abs. 1 C. c. it. lautet: „Die Simulation kann weder von den Vertragsparteien noch von den Rechtsnachfolgern oder Gläubigern des Scheinveräußerers solchen Dritten entgegengehalten werden, die im guten Glauben Rechte vom Scheinberechtigten erworben haben; die Wirkungen einer Transkription (trascrizione) der Simulationsklage bleiben unberührt“.

Wer demnach gutgläubig einen zum Schein veräußerten Gegenstand vom Scheinberechtigten erwirbt, wird unanfechtbarer Eigentümer. Auch der unentgeltliche Erwerber wird vom Gesetz nicht ausgenommen. Gutgläubig ist derjenige, der den Scheincharakter des Rechtsgeschäfts nicht kennt und deshalb glaubt, das Rechtsgeschäft sei gültig und

¹⁾ Messina, *La simulazione assoluta*, *Scritti giuridici*, Bd. 5, Mailand 1948, S. 90 (zitiert nach Distaso, S. 28, 29 Anm. 4).

²⁾ Ferrara, S. 293, 294.

³⁾ Ferrara, S. 292.

⁴⁾ Vgl. Ferrara, S. 302 Anm. 2, 303, 304.

der Scheinerwerber sei der wahre Berechtigte ¹⁾). Dabei ist nach herrschender Meinung unerheblich, ob die Unkenntnis der Simulation auf grober oder auch leichter Fahrlässigkeit beruht. Denn das Gesetz definiert in einer Reihe von Vorschriften den guten Glauben als die Unkenntnis von der wahren Rechtslage (z. B. Artt. 251, 535 Abs. 3, 1147 Abs. 1 C. c. it.). Art. 1147 C. c. it., der den Fall des gutgläubigen Besitzes behandelt, bestimmt zwar in seinem Absatz 2, daß die an den guten Glauben geknüpften Wirkungen dann nicht eintreten, wenn die Unkenntnis auf grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Eine Anwendung dieser Norm auf andere Tatbestände als den des gutgläubigen Besitzes wird jedoch allenfalls für die vom Gesetz unter dem Titel „Besitz“ (Del possesso) geregelten Gutglaubenstatbestände (Artt. 1153, 1159, 1160, 1162 C. c. it. und — analog zu Art. 1153 — Art. 1994 C. c. it.) als zulässig erachtet ²⁾).

Wenn sowohl der Scheinveräußerer, d. h. der wahre Eigentümer, als auch der Scheinerwerber den Gegenstand veräußert, so wird derjenige Erwerber vorgezogen, der bei beweglichen Sachen als erster den Besitz erlangt, bei Immobilien und registrierten Mobilien zuerst die „Umschreibung“ (trascrizione) vornimmt und bei der Abtretung von Ansprüchen zuerst die Abtretung dem Schuldner mitteilt ³⁾. Bei einem Inbegriff beweglicher Sachen (università di mobili, Art. 816 C. c. it.), wo der Besitz nicht die Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein kann (Art. 1156 C. c. it.), verdient derjenige der beiden konkurrierenden Erwerber den Vorzug, der als erster das Erwerbsgeschäft abgeschlossen und damit den Rechtserwerb vollendet hat ⁴⁾).

Bei Immobilien und registrierten Mobilien greift nach Art. 1415 Abs. 1 C. c. it. der Gutglaubenschutz dann nicht ein, wenn eine auf Feststellung der Simulation gerichtete Klage erhoben und „umgeschrieben“, d. h. in dem erwähnten Register publiziert worden ist, und zwar bevor noch der Dritte seinerseits den Erwerb hat umschreiben lassen ⁵⁾).

b) Eine besondere Regelung gilt für die Gläubiger der Simulanten. Die Parteien können nach Art. 1416 Abs. 1 C. c. it. die Simulation den Gläubigern des Scheinberechtigten nicht entgegenhalten, wenn diese in gutem Glauben „Vollstreckungsakte in die Objekte des Scheinvertrages ausgeführt haben“. Die Gläubiger des Scheinerwerbers können

¹⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 417; Distaso, S. 464; Messineo, *Dottrina generale*, S. 317 und 318 unten.

²⁾ Distaso, S. 473; mit Einschränkungen: Sacco, *Colpa e buona fede negli acquisti di titoli di credito „a non domino“*, *Giur. compl.* 1950, II, 281 ff.

³⁾ Distaso, S. 498, 499. Für die Abtretung von Forderungen vgl. Artt. 1264, 1265 C. c. it.

⁴⁾ So implicite Stolfi, S. 132; ferner Betti, *Teoria generale*, S. 419. A. A. ohne Begründung Distaso, S. 498, der in diesem Fall stets denjenigen vorziehen will, der gutgläubig vom Scheinberechtigten erwirbt; noch weitergehend in diesem Sinne Messineo, *Dottrina generale*, S. 320 §. Für die letztgenannte Auffassung könnte nur der Wortlaut des Art. 1415 C. c. it. sprechen; hiergegen Stolfi, S. 132.

⁵⁾ Distaso, S. 499.

sich also im Gegensatz zur französischen Regelung nur dann aus den zum Schein veräußerten Gegenständen befriedigen, wenn sie nicht nur bei Entstehung ihres Anspruchs, sondern noch im Augenblick der Vollstreckung glauben, das Scheingeschäft sei ernsthaft und das Vollstreckungsobjekt gehöre deshalb ihrem Schuldner. Denn solange das allgemeine Befriedigungsrecht des Gläubigers an den Gegenständen seines Schuldners sich nicht spezifiziert hat, erleidet dieser keinen Schaden, wenn sich herausstellt, daß der Gegenstand einem anderen gehört¹⁾. Nach Auffassung des Gesetzes ist hingegen derjenige schutzwürdig, der bereits die Pfändung oder Beschlagnahme (*pignoramento*) des Gegenstandes herbeigeführt hat. Hier ist also die Drittwiderspruchsklage (*opposizione*) des Scheinveräußerers erfolglos.

„Guter Glaube“ bedeutet auch in Art. 1416 Abs. 1 C. c. it., daß der Gläubiger das Scheingeschäft für ein ernsthaftes Rechtsgeschäft hält und deshalb glaubt, der Vollstreckungsgegenstand gehöre seinem Schuldner. Eine solche Vorstellung kann sich meines Erachtens beim Gläubiger aber nur dann bilden, wenn er persönlich den Vollstreckungsgegenstand ausgesucht hat, denn andernfalls hat er überhaupt keine Gelegenheit, sich über den Eigentümer des Vollstreckungsobjekts Gedanken zu machen. Da bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen in der Regel nicht der Gläubiger, sondern der Schuldner die Auswahl der Gegenstände vornimmt, kommt ein gutgläubiger Erwerb im allgemeinen wohl nur bei der Vollstreckung in Grundstücke und Forderungen in Betracht²⁾.

Der nach Art. 1416 Abs. 1 C. c. it. begünstigte Gläubiger des Scheinerwerbers muß sich nach Abs. 2 aber dem Gläubiger des Scheinveräußerers beugen, wenn dessen Forderung bereits vor Abschluß des Scheingeschäfts bestand. Der Gläubiger des Scheinveräußerers erlangt in diesem Fall die vorzugsweise Befriedigung vor dem Gläubiger des Scheinerwerbers³⁾.

E. Die Abgrenzung des Scheingeschäfts und des dissimulierten Geschäfts von verwandten Rechtsgeschäften

I. Das fiduziarische Rechtsgeschäft

1. Ferrara hat den Begriff des fiduziarischen Geschäfts, so wie er in Deutschland von der gemeinrechtlichen Lehre verstanden wurde, in Italien eingeführt⁴⁾. Die typischen Fälle, die unter diesen Begriff

¹⁾ Distaso, S. 507.

²⁾ Über die Auswahl der Vollstreckungsobjekte durch den Gläubiger vgl. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Bd. 4, Turin 1959, S. 180.

³⁾ Andrioli, *Profili processuali della nuova disciplina della simulazione*, in: *Studi in onore di Enrico Redenti*, Mailand 1950, Bd. 2, S. 453 (zitiert nach Distaso, S. 521 Anm. 9).

⁴⁾ Miele, *Distinzioni fra negozio fiduciario e negozio giuridico simulato*, *Giur. compl.* 1953 I, 265.

subsumiert werden, sind die Eigentumsübertragung zu Sicherungszwecken und die Forderungsabtretung zum Zwecke des Inkasso.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist durch die Kombination zweier Verträge gekennzeichnet. Die Parteien schließen einen Vertrag mit dinglicher Wirkung, der das volle Eigentum oder die Forderung auf den Treuhänder überträgt. Daneben schließen sie einen zweiten Vertrag (*pactum fiduciae*), in dem der Treuhänder sich verpflichtet, von dem erworbenen Recht nur insoweit Gebrauch zu machen, als es der Treuhandzweck (dingliche Sicherung, Inkasso) erfordert, und das Recht später auf den Treugeber zurückzuübertragen oder es an einen Dritten weiterzuveräußern. Der zweite Vertrag wirkt nur obligatorisch und hebt daher die dingliche Wirkung des Übereignungsvertrages nicht auf ¹⁾).

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist im Gegensatz zum Scheingeschäft ernsthaft gewollt und daher wirksam zustandegekommen. Die Parteien wollen das Geschäft mit allen seinen rechtlichen Wirkungen, obwohl sie wirtschaftlich gesehen einen weniger weitgehenden Zweck verfolgen ²⁾).

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre sind der Auffassung Ferraras gefolgt und unterscheiden das fiduziarische Rechtsgeschäft streng vom simulierten Rechtsgeschäft ³⁾).

2. Im Gegensatz zu zahlreichen Entscheidungen des Kassationshofes ⁴⁾ hält ein großer Teil der Lehre eine fiduziarische Rechtsübertragung speziell im italienischen Recht für unmöglich. Es wird darauf hingewiesen, daß nach dem *Codice civile* das Eigentum oder ein sonstiges Recht nur durch ein kausales Rechtsgeschäft, z. B. einen Kaufvertrag, übertragen werden kann. Eine fiduziarische Rechtsübertragung setze aber ein abstraktes Rechtsgeschäft voraus, denn der Treuhandzweck, die „*causa fiduciae*“, sei mit der spezifischen *causa* jedes kausalen Übertragungsgeschäftes unvereinbar. Wenn man sich für die fiduziarische Übereignung beispielsweise eines Kaufvertrages bediene, so sei diese Übereignung wegen fehlender *causa* nichtig, weil ja kein Kauf, sondern ein Treuhandverhältnis bezweckt sei ⁵⁾).

Diese Schwierigkeit versucht eine Gegenmeinung dadurch zu überwinden, daß sie die Wirksamkeit der Rechtsübertragung an die „*causa fiduciae*“ knüpft. Nach dieser Ansicht setzt sich das fiduziarische Geschäft keineswegs aus einem Vertrag mit dinglicher Wirkung und

1) Ferrara, S. 56 ff.

2) Ferrara, S. 56.

3) Cass. civ. 14. 4. 1951, *Giur. compl.* 1951, II, 241; Cass. civ. 11. 8. 1952, *Giur. compl.* 1953, I, 262; Cass. civ. 18. 1. 1955, *Giur. compl.* 1955, I, 247; Messineo, *Dottrina generale*, S. 338; Pugliese, S. 37 ff.; Distaso, S. 111 ff.

4) Vgl. die in der vorigen Anmerkung zitierten Entscheidungen.

5) Hauptvertreter dieser Meinung sind Segrè und Cariota-Ferrara. Vgl. Distaso, S. 118; Pugliese, S. 31, 32.

einem weiteren Vertrag mit obligatorischer Wirkung zusammen, sondern es handelt sich um ein einziges, einheitliches Rechtsgeschäft, welches in dem von den Parteien verfolgten Treuhandzweck seine eigene, charakteristische causa besitzt. Der obligatorisch beschränkte Eigentumsübergang, der für das fiduziarische Geschäft kennzeichnend ist, wird demnach durch die „causa fiduciae“ bewirkt und gerechtfertigt ¹⁾).

Dieser Auffassung wird wiederum entgegengehalten, daß eine causa, zu deren Verwirklichung begrenzte Rechtswirkungen ausreichend sind (z. B. kann der Sicherungszweck durch ein Pfandrecht erreicht werden), weitergehende Rechtswirkungen (z. B. Eigentumsübertragung) nicht rechtfertigen könne ²⁾).

3. Der notwendig kausale Charakter eines jeden Übertragungsgeschäfts ist auch der Ausgangspunkt für eine Meinung, die im fiduziarischen Geschäft ein Scheingeschäft sieht.

Der Parteiwille sei unteilbar, so betont man. Deshalb könnten die Parteien, die einen bestimmten Geschäftszweck verfolgten, nicht gleichzeitig eine Rechtswirkung wollen, die über diesen Geschäftszweck hinausgehe. Wenn also die Parteien mit dem erklärten Kaufvertrag nicht den Austausch einer Sachleistung gegen eine Geldleistung erstrebten, sondern eine dingliche Sicherung bezweckten, so sei eben in Wahrheit nicht ein Kaufvertrag, sondern eine Pfand- oder Hypothekenbestellung gewollt ³⁾).

4. Hinzuweisen ist auch auf die eigenwillige Konzeption, die von Betti entwickelt worden ist. Betti sieht das Merkmal sowohl des Scheingeschäfts als auch des fiduziarischen Geschäfts in einer bewußten Divergenz zwischen der typischen causa des Rechtsgeschäfts und der konkreten Absicht der Parteien. In beiden Fällen verfolgen die Parteien einen anderen praktischen Zweck, als es dem wirtschaftlich-sozialen Verkehrszweck des betreffenden Geschäftstypus entspricht ⁴⁾. Beim Scheingeschäft nun stellt diese Abweichung eine wirkliche Unvereinbarkeit dar, welche die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat. Beim fiduziarischen Geschäft hingegen besteht lediglich eine Inkongruenz zwischen mehreren Zwecken, die zwar verschieden, aber dennoch miteinander vereinbar sind ⁵⁾).

Ob es sich im Einzelfall um eine Unvereinbarkeit oder um eine bloße Inkongruenz handelt, läßt sich allerdings nur durch eine Wer-

¹⁾ Grassetti, Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, Riv. dir. comm. 1936, I, S. 345 (368 ff., 378). De Martini, Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato, Giur. compl. 1946, II 1, 707.

²⁾ Distaso, S. 123 mit Nachweisen.

³⁾ Stolfi, S. 125 Anm. 3; Pestalozza, „Simulazione“, in: Enciclopedia giuridica italiana, Mailand 1925, Bd. 15, Teil 2, Abschnitt 2, S. 783 (zitiert nach Distaso, S. 127 Anm. 4).

⁴⁾ Betti, Teoria generale, S. 404, 328; derselbe, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht, S. 300. Vgl. auch oben unter A. VI. 3., S. 74.

⁵⁾ a. a. O.

tung feststellen. Deshalb gibt es nach Meinung Bettis zwischen Scheingeschäft und Treuhandgeschäft keinen schroffen Gegensatz, sondern eine Grenze, die beweglich und fließend ist ¹⁾).

5. Abschließend sei noch die interessante Abwicklung des Sicherungsverkaufes (*vendita a scopo di garanzia*) erwähnt, wie sie zum Beispiel von Distaso beschrieben wird ²⁾. Der Schuldner verkauft den als dingliche Sicherheit bestimmten Gegenstand an den Gläubiger, der dadurch Eigentümer wird. Daraufhin wird die entstandene Kaufpreisforderung des Schuldners mit der zu sichernden Forderung des Gläubigers aufgerechnet. Zwar verliert der Gläubiger dadurch seine ursprüngliche Forderung; dafür aber erhält er eine Kaufpreisforderung in entsprechender Höhe, wenn später der Schuldner die Sache einlöst, d. h. sie zurückkauft.

Es muß nun allerdings hinzugefügt werden, daß zum Beispiel in zwei neueren Entscheidungen des Kassationshofes, die sich mit dem Sicherungskauf befassen, von der hier beschriebenen Aufrechnung nirgends die Rede ist ³⁾).

II. Die gemischte Schenkung (*negotium mixtum cum donatione*)

Die gemischte Schenkung wird in Italien meistens mit dem lateinischen Ausdruck „*negotium mixtum cum donatione*“ bezeichnet. Es handelt sich dabei um einen Kaufvertrag, bei dem der Verkäufer dem Käufer zugleich einen unentgeltlichen Vorteil zukommen läßt, indem er mit ihm einen unverhältnismäßig niedrigen — manchmal einen nur symbolischen — Kaufpreis vereinbart.

Das *negotium mixtum cum donatione* ist kein simulierter Kaufvertrag, der etwa eine Schenkung dissimulierte. Der Kaufvertrag ist vielmehr ernsthaft gewollt, denn das Entgelt soll bezahlt werden, selbst dann, wenn es nur symbolischen Charakter hat. Die Schenkungsabsicht, die mit diesem entgeltlichen Vertrage zugleich verfolgt wird, ist nur ein Motiv, das nicht zum Inhalt des Vertrages erhoben wird und die spezifische causa des Kaufvertrages nicht berührt ⁴⁾. Im Gegensatz hierzu ist ein simulierter Kaufvertrag, der eine Schenkung verdeckt, nicht ernsthaft gewollt; der Wille der Parteien richtet sich vielmehr unmittelbar auf die geheimgehaltene Schenkung ⁵⁾.

¹⁾ *Teoria generale*, S. 408.

²⁾ Distaso, S. 364.

³⁾ Cass. civ. 5. 4. 1946, *Giur. compl.* 1946, I, 186; Cass. civ. 14. 4. 1951, *Giur. compl.* 1951, II, 241.

⁴⁾ Vgl. zum Ganzen Distaso, S. 368.

⁵⁾ Distaso, a. a. O.

Das negotium mixtum cum donatione gehört zu den sog. indirekten Rechtsgeschäften (negozi indiretti)¹⁾. Diese sind dadurch gekennzeichnet, daß die Parteien ein wirtschaftliches oder sonstiges praktisches Ziel verfolgen, das von der normalen Zweckbestimmung des betreffenden Geschäftstypus abweicht oder darüberhinausgeht²⁾.

III. Die mittelbare Stellvertretung (rappresentanza indiretta)

und das Handeln durch Zwischenpersonen (interposizione di persone)

1. Der mittelbare Stellvertreter schließt Rechtsgeschäfte im eigenen Namen, aber im Interesse und für Rechnung eines anderen³⁾.

Der Wille, die wirtschaftlichen Ergebnisse des Rechtsgeschäfts dem Hintermann zukommen zu lassen, berührt grundsätzlich die rechtlichen Wirkungen des geschlossenen Vertrages nicht. Der Beauftragte, der im eigenen Namen handelt, wird aus dem Vertrage persönlich berechtigt und verpflichtet. Auch wird er persönlich Inhaber der erworbenen dinglichen Rechte (Art. 1705 C. c. it.). Davon gibt es allerdings eine nicht unbedeutende Ausnahme: wenn der Beauftragte bewegliche Sachen erwirbt, so hat der Auftraggeber gegen ihn einen dinglichen Herausgabeanspruch (Art. 1706 C. c. it.).

Soll der im eigenen Namen handelnde Mittelsmann Gegenstände des Hintermannes veräußern, müssen diese ihm zuvor fiduziarisch übertragen worden sein⁴⁾. Eine Verfügungsermächtigung, wie sie § 185 BGB vorsieht, ist dem Codice civile unbekannt.

2. a) Wenn dem Vertragspartner des Beauftragten verheimlicht wird, daß das Rechtsgeschäft im Interesse und für Rechnung des Hintermannes geschlossen wird, so spricht man von einer „interposizione di persone“, und zwar von einer „interposizione reale“ im Gegensatz zur „interposizione fittizia“⁵⁾. Die Geheimhaltung hat auf die Rechtswirkungen des Vertrages, den die Zwischenperson (l'interposto) im eigenen Namen schließt, keinen Einfluß. Der mittelbare Stellvertreter hat in jedem Falle den ernsthaften Willen, in eigener Person berechtigt und verpflichtet zu werden, so daß von einem Scheingeschäft nicht die Rede sein kann⁶⁾.

¹⁾ Distaso, a. a. O.

²⁾ Ascarelli, Studi in tema di contratti, Mailand 1952, S. 6.

³⁾ Vgl. z. B. Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, Bd. 1, § 41 I ter.

⁴⁾ Mirabelli, Dei singoli contratti, Artt. 1704 – 1707, Nr. 5; Ferrara, S. 232.

⁵⁾ Ferrara, S. 239, 230 ff., 236 ff.

⁶⁾ Messineo, a. a. O.; Ferrara, S. 231.

b) Ganz anders ist die Rechtslage bei der „interposizione fittizia“. Der Vertrag wird hier nur zum Schein mit der Zwischenperson, in Wahrheit aber mit dem Hintermann geschlossen. Das mit der Zwischenperson abgeschlossene Geschäft ist ein Scheingeschäft, welches das mit dem Hintermann zustandegekommene ernsthafte Rechtsgeschäft dissimuliert ¹⁾).

Der Hintermann kontrahiert nach italienischer Auffassung im Grunde nur unter dem Namen der Zwischenperson ²⁾). Diese ist ein Namensgeber, ein „prestanome“ ³⁾). Man spricht auch von „uomo di paglia (Strohmann)“, „testa di legno“ (Holzkopf) oder „fantoccio“ (Marionette) ⁴⁾).

Die Mitwirkung des prestanome ist zuweilen darauf beschränkt, daß er sich mit der Verwendung seines Namens einverstanden erklärt. Meistens allerdings gibt er an Stelle des wahren Kontrahenten die Vertragserklärung ab. Er wird dann als Bote angesehen. Willensmängel werden daher nicht nach der Person des prestanome, sondern nach der Person des verdeckten Kontrahenten beurteilt ⁵⁾).

In Deutschland hingegen betrachtet man die Zwischenperson in diesen Fällen als einen — wenn auch dissimulierten — unmittelbaren Stellvertreter des wahren Vertragspartners ⁶⁾). Infolgedessen ist für etwaige Willensmängel gemäß § 166 BGB die Person des Scheinkontrahenten, also des dissimulierten Vertreters maßgebend.

IV. Die Gesetzesumgehung (frode alla legge)

Das Umgehungsgeschäft (negozio in frode alla legge) ist ein Rechtsgeschäft (oder eine Kombination von Rechtsgeschäften), mit dem die Parteien auf indirektem Wege ein gesetzlich verbotenes Ergebnis oder zumindest ein gleichwertiges Ergebnis erreichen wollen. Das Umgehungsgeschäft verstößt nicht gegen den Buchstaben des Gesetzes, wohl aber gegen den Sinn der Verbotsnorm ⁷⁾).

Das Umgehungsgeschäft ähnelt denjenigen Scheingeschäften, welche ein Rechtsgeschäft dissimulieren, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Im Gegensatz zu einem solchen dissimulierten Ge-

¹⁾ Ferrara, S. 236 ff. Auch die Rechtsprechung verwendet die Begriffe „interposizione reale“ und „interposizione fittizia“ in dem dargestellten Sinne, z. B. Cass. civ. 1. 8. 1947, Giur. compl. 1947, III, 763.

²⁾ Ferrara, S. 236, 237.

³⁾ In Frankreich hingegen bezeichnet man als „prête-nom“ denjenigen, der im eigenen Namen für fremde Rechnung kontrahiert; vgl. 2. Teil, E. III., S. 61 ff.

⁴⁾ Ferrara, S. 236.

⁵⁾ Ferrara, S. 237, 238.

⁶⁾ Vgl. 1. Teil, E. IV. 2 (gegen Schluß), S. 29.

⁷⁾ Stolfi, S. 215; Ferrara, S. 71.

schäft ist aber beim Umgehungsgeschäft der Inhalt des erklärten Vertrages ernsthaft gewollt. Denn das Vorhaben, den verbotenen Zweck gerade durch das Umgehungsgeschäft zu erreichen, wäre von vornherein zum Scheitern verurteilt, wenn das Geschäft wegen mangelnder Ernstlichkeit keinen Bestand hätte ¹⁾).

Das Umgehungsgeschäft gehört zu den bereits erwähnten indirekten Rechtsgeschäften ²⁾).

¹⁾ Ferrara, S. 76, 77; Distaso, S. 131, 132.

²⁾ Vgl. oben unter II., S. 90 oben. Cass. civ. 21. 6. 1955, Giur. compl. 1955, IV—V, 439; Mirabelli, Dei contratti in generale, Artt. 1414—1417, Nr. 2.

IV. TEIL:

RECHTSVERGLEICHENDE STELLUNGNAHME ZU EINIGEN BEDEUTSAMEN FRAGEN

Die Behandlung des Scheingeschäfts im deutschen, französischen und italienischen Recht weicht in mancherlei Hinsicht voneinander ab. Die wichtigsten Unterschiede betreffen die rechtsgeschäftliche Struktur des Scheingeschäfts und des dissimulierten Geschäfts, die Wirkungen des Scheingeschäfts gegenüber Dritten und die Abgrenzung des Scheingeschäfts von ähnlichen Rechtsgeschäften, insbesondere vom fiduziarischen Rechtsgeschäft. Zu diesen Fragen soll auf Grund der geschaffenen Vergleichsmöglichkeit Stellung genommen werden.

A. Die rechtsgeschäftliche Struktur des Simulationstatbestandes

Das Problem der rechtsgeschäftlichen Struktur des Scheingeschäfts berührt den Gegensatz zwischen Willens- und Erklärungstheorie. Dieser Theorienstreit kann hier natürlich nicht entschieden werden. Dafür aber kann und muß man sich die Frage stellen, ob die Willentheorie, von der § 117 BGB ausgeht, in bezug auf das Scheingeschäft nicht an einem Widerspruch leidet, wie dies von Henle und einem großen Teil der italienischen Lehre angenommen wird.¹⁾ Die Parteien haben sich doch darüber verständigt, d. h. sie haben sich gegenseitig erklärt, daß sie die der Scheinerklärung entsprechende Rechtsfolge nicht wollen. Deshalb scheint doch eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung nicht zu bestehen.

I. Zunächst soll das „leere“ Scheingeschäft²⁾, die sog. absolute Simulation, betrachtet werden. In diesem Fall hat der Erklärende keinerlei Geschäftswillen, und dies wird dem Erklärungsempfänger auch erkennbar gemacht. Daß ein Geschäftswille fehlt, wird dem Erklärungsempfänger bei den der Scheinerklärung vorausgehenden Verhandlungen, d. h. bei der sog. Simulationsabrede, mitgeteilt. Die Scheinerklärung ist also nicht mit einem inneren, geheimen Vorbehalt behaftet, sondern ihr ist ein erklärter, ein offener Vorbehalt beigelegt, der vor dritten Personen allerdings geheimgehalten wird. Zwischen

¹⁾ Siehe 1. Teil A. II. 5., S. 6, und 3. Teil A. IV., S. 71.

²⁾ Der Ausdruck „leeres (Schein-)Geschäft“ findet sich bei Vogel, S. 46 Anm. 25 (der sich dabei wohl zu Unrecht auf Kohler beruft) sowie bei Krauss, S. 42.

dem wahren Willen und der Gesamtheit der dem Simulationspartner gemachten Erklärungen besteht deshalb keine Divergenz.

Betrachtet man jedoch die Scheinerklärung ohne den dazugehörigen erklärten Vorbehalt, so liegt in der Tat eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung vor. Der aus der Scheinerklärung zu entnehmende Wille ist in Wirklichkeit nicht vorhanden, d. h. es ist — bei der absoluten Simulation — überhaupt kein Geschäftswille vorhanden.

Eine solche isolierte Betrachtung der Scheinerklärung, die sowohl vom deutschen als auch vom französischen und italienischen Recht vorgenommen wird, ist nicht nur möglich, sondern läßt sich auch durch gute Gründe rechtfertigen. Zwar gibt es unter den nichternstlichen Willenserklärungen solche, die gar nicht wahrgenommen werden können, ohne daß ihre Nichternstlichkeit sichtbar würde, wie z. B. die rechtsgeschäftliche Erklärung auf der Theaterbühne. Bei der Scheinerklärung, deren Nichternstlichkeit Dritten verborgen bleiben soll, ist dem aber nicht so. Hier wird auch dem Erklärungsempfänger im allgemeinen nur durch die vorausgehende, vorbeugende Gegenerklärung deutlich, daß ein Geschäftswille in Wirklichkeit nicht vorhanden ist ¹⁾. Die Scheinerklärung ist auch inhaltlich vollständig und unzweideutig, so daß sie ihrem erkennbaren Sinne nach weder eine Ergänzung noch eine Erläuterung verlangt. Die Scheinerklärung hebt sich auch dadurch von der Gegenerklärung ab, daß sie meistens schriftlich abgefaßt ist und Dritten zugänglich gemacht wird, während die Gegenerklärung im allgemeinen mündlich abgegeben und vor der Umwelt geheimgehalten wird.

Die äußere Selbständigkeit der Scheinerklärung ist für den Rechtsverkehr durchaus nicht bedeutungslos. Sie schafft eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen eines vollständigen und wirksamen Rechtsgeschäfts. Es ist deshalb durchaus sinnvoll, wenn das deutsche, das französische und italienische Recht die Scheinerklärung als selbständigen Tatbestand betrachten. Dadurch wird es möglich, die tatsächliche Vermutung, die sich aus der Scheinerklärung ergibt, zu einer Rechtsvermutung zu erheben: Wer angesichts einer Scheinerklärung das Vorliegen eines gültigen Rechtsgeschäfts bestreitet, trägt hierfür die Beweislast. — Im Verhältnis zu gutgläubigen Dritten wird die Scheinerklärung in bestimmten Fällen sogar als unwiderlegbar gültig behandelt.

II. 1. Beim dissimulierten Geschäft, bei der sog. relativen Simulation, ist im Gegensatz zum „leeren“ Scheingeschäft ein Geschäftswille vorhanden. Dieser Geschäftswille wird dem Vertragspartner zweifellos auch in irgendeiner Form erklärt, denn sonst würde § 117 Abs. 2

¹⁾ Ferrara, S. 45, 46.

BGB nicht von einem wirksamen dissimulierten Geschäft sprechen. Schwierigkeiten aber bereitet die Frage, ob und gegebenenfalls durch welche Beziehungen der vorhandene Geschäftswille mit der Scheinerklärung verknüpft ist.

Man könnte sich vorstellen, daß ganz unabhängig von der mit dem offenen Vorbehalt versehenen Scheinerklärung der wirkliche Geschäftswille in einer selbständigen, seinem Inhalt entsprechenden Erklärung seinen Ausdruck findet. Diese Auffassung vermag jedoch nicht zu erklären, wie jemals die Beurkundung der Scheinerklärung dem formbedürftigen dissimulierten Geschäft zur Wirksamkeit verhelfen kann ¹⁾. Nimmt man hingegen an, der wahre Geschäftswille werde dem Vertragspartner gerade durch die Scheinerklärung erklärt, so stellt sich die Frage, wie eine Erklärung mit einem bestimmten, ganz eindeutigen Sinn einen völlig anderen Willensinhalt offenbaren, d. h. erklären kann.

Die Klärung der zuletzt aufgeworfenen Frage wird entscheidend gefördert, wenn man in der Scheinerklärung das vereinbarte Erklärungsmittel erblickt, mit dem der Geschäftswille dem Vertragspartner offenbart wird ²⁾. Aber auch hiermit ist das Problem nicht endgültig gelöst. Denn die Parteien haben sich doch schon vor Abgabe der Scheinerklärung mitgeteilt, welches Geschäft sie in Wirklichkeit schließen wollen. Wie kann man dann der Meinung sein, der wahre Geschäftswille werde dem Vertragspartner erst durch die nachfolgende Scheinerklärung offenbart und damit erklärt?

Vielleicht vermögen die folgenden Ausführungen dieses Problem zu erhellen.

Die Bedeutung jeder rechtsgeschäftlichen Erklärung erschöpft sich nicht darin, daß sie den Inhalt des inneren Willens kundgibt. Häufig sogar haben sich die Parteien, bevor sie die endgültige Erklärung abgeben, bereits mitgeteilt, welche Art von Vertrag sie schließen möchten ³⁾. Dies gilt besonders, wenn die Vertragserklärung schriftlich abgegeben wird. Die rechtsgeschäftliche Erklärung enthält in diesen Fällen, was die Mitteilung des gewünschten Vertragsinhalts betrifft, nur eine letzte Präzisierung. Die eigentliche und wesentliche Bedeutung der Willenserklärung besteht aber in folgendem: Mit der Willenserklärung vollendet sich, vollzieht sich, verwirklicht sich der rechtsgeschäftliche Wille der Parteien ⁴⁾, und zwar in einer auch äußerlich erkennbaren Weise. Mit der Erklärung festigt sich das bisherige Wünschen zu einem auf unmittelbare Wirkung gerichteten

¹⁾ Siehe 1. Teil C. II. 2. und 3. Teil A. V., S. 14 ff. und 72.

²⁾ So Segrè, S. 427; Stübing, S. 16 – 18.

³⁾ Vgl. auch Bettl, *Teoria generale*, S. 55 oben.

⁴⁾ Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, S. 44 ff., insbesondere S. 44, 45, 48, 49, 52; Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 145 II A 2, § 164 II 3; vgl. auch Manigk, *Das rechtswirksame Verhalten*, S. 140 f., 172 ff. und vor allem Flume, S. 50, 51, 57 – 59.

Entschluß¹⁾. Mit der Erklärung machen die Parteien von der ihnen zugestandenen Privatautonomie Gebrauch und setzen die inhaltlich oft schon festgelegte Regelung in Kraft. Die Erklärung, in der sich der Wille – auch äußerlich erkennbar – vollendet, ist der Geltungsbefehl²⁾ für die Norm, die die Parteien sich auf Grund ihrer Privatautonomie geben wollen.

Diese Ausführungen über das Wesen der rechtsgeschäftlichen Erklärung machen die Struktur des dissimulierten Rechtsgeschäfts deutlicher. Beim dissimulierten Geschäft wird der Inhalt des geplanten Vertrages bereits durch die geheimgehaltenen Erklärungen, die der Scheinerklärung vorausgehen, festgelegt. Der Geltungsbefehl soll aber nach der übereinstimmenden Absicht der Parteien erst mit der Scheinerklärung gegeben werden. Denn die Parteien verfolgen gleichzeitig einen doppelten Zweck: Sie wollen ein bestimmtes Rechtsgeschäft schließen und zugleich wollen sie die Umwelt über den wirklichen Inhalt dieses Rechtsgeschäfts täuschen³⁾. Oft sind sie sogar nur dann zum Abschluß des Vertrages bereit, wenn sie diesen wahre Natur vor Dritten verbergen können. Deshalb soll das Rechtsgeschäft vom ersten Augenblick seines Bestehens gegen die Blicke der Umwelt abgeschirmt sein. Es soll erst dann wirksam werden, wenn seine Verschleierung gesichert ist. Diese doppelte Absicht nun wollen die Parteien mit der Scheinerklärung verwirklichen: Die – meist schriftlich abgegebene – Scheinerklärung soll die geplante rechtsgeschäftliche Regelung in Kraft setzen und gleichzeitig über deren wahren Inhalt täuschen.

Mit der Scheinerklärung vollendet sich also das bereits im geheimen abgestimmte Wollen der Parteien. Daß sich in der Scheinerklärung ein rechtsgeschäftlicher Wille vollzieht, daß mit ihr eine Norm der Privatautonomie in Geltung gesetzt werden soll, ist auch äußerlich erkennbar. Die Geltungsanordnung läßt allerdings im Gegensatz zum unverhüllten Rechtsgeschäft den wahren Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht erkennen, sie enthält keine endgültige Präzisierung des Vertragsinhalts. Der Geltungsbefehl wird nicht in offener, sondern in einer verborgenen Geheimsprache gegeben.

Obwohl die Parteien mit ihrem Vorgehen eine Täuschung Dritter bezwecken, respektiert die Rechtsordnung ihren Willen und erklärt in § 117 Abs. 2 BGB das maskierte Rechtsgeschäft für wirksam. Daß dies nicht selbstverständlich ist, zeigen unter anderem die französischen Entscheidungen aus dem 19. Jahrhundert, die das dissimulierte Geschäft unter Berufung auf den Satz „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“ für nichtig erklären⁴⁾. Die bei den Beratungen zum

¹⁾ Schmidt-Rimpler, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147, 130 (147 f., 176 f.).

²⁾ Vgl. Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 49 unten; Flume, S. 57 ff.

³⁾ Distaso, S. 336.

⁴⁾ Siehe 2. Teil C. II. 2., S. 44. Vgl. dazu auch BGH, NJW 1966, 588.

Entwurf des BGB gemachten Einwendungen, die Gültigkeit des verdeckten Geschäfts verstehe sich von selbst und eine diesbezügliche Bestimmung sei überflüssig ¹⁾, sind daher nicht zutreffend.

2. Die Scheinerklärung setzt das geplante Rechtsgeschäft in Geltung. Deshalb kann und muß die Form des dissimulierten Geschäfts grundsätzlich in der Scheinerklärung verwirklicht werden, wie dies auch von den italienischen Schriftstellern betont wird ²⁾. So ist z. B. die durch einen Kaufvertrag dissimulierte Schenkung gültig, wenn der simulierte Kaufvertrag notariell beurkundet ist. Zweierlei ist allerdings zu beachten. Die Parteien müssen das wirklich gewollte Geschäft tatsächlich mit der Scheinerklärung in Geltung gesetzt haben, denn es ist auch denkbar, daß sie zwar eine Scheinerklärung abgeben, aber die geplante Regelung in Geltung setzen, ohne sich hierzu gerade der Scheinerklärung zu bedienen. Zum zweiten darf dadurch, daß der wahre Vertragsinhalt aus der Urkunde nicht ersichtlich ist, der Zweck der Formvorschrift nicht vereitelt werden. Dieser kann es notwendig machen, daß der wirkliche Geschäftsinhalt beurkundet wird. Nun ist zwar daran festzuhalten, daß ein dissimuliertes Geschäft überhaupt nur in der den Geltungsbefehl enthaltenden Scheinerklärung beurkundet werden kann; denn wenn der wahre Geschäftsinhalt beurkundet wird, so ist das Rechtsgeschäft eben nicht mehr dissimuliert. Die Dissimulation eines Rechtsgeschäfts ist aber, wenn sie den Zweck einer Formvorschrift vereitelt, als unzulässig anzusehen, und dem verdeckten Geschäft muß ausnahmsweise und entgegen § 117 Abs. 2 BGB die Wirksamkeit versagt werden.

3. Nunmehr kann auch die Frage beantwortet werden, inwieweit beim dissimulierten Geschäft eine Divergenz zwischen Wille und Erklärung besteht. Wie beim „leeren“ Scheingeschäft kann auch hier nur dann von einer solchen Divergenz gesprochen werden, wenn man die Scheinerklärung allein ins Auge faßt und dabei die vorbereitenden Erklärungen außer acht läßt. Bereits in bezug auf das „leere“ Scheingeschäft ist ausgeführt worden, daß eine solche isolierte Betrachtung der Scheinerklärung durchaus sinnvoll ist. Beim dissimulierten Geschäft ist sie zusätzlich noch dadurch gerechtfertigt, daß sich der rechtsgeschäftliche Wille ausschließlich in der Scheinerklärung vollzieht und die vorausgegangenen, in der Simulationsabrede enthaltenen Erklärungen nur das Auslegungsmaterial liefern.

Mit der Scheinerklärung vollzieht sich nicht nur scheinbar, sondern es vollzieht sich tatsächlich ein rechtsgeschäftlicher Wille. Insoweit besteht keine Divergenz zwischen Wille und Erklärung. Die Scheinerklärung ist eben beim dissimulierten Geschäft nicht nur eine scheinbare, sondern eine wirkliche rechtsgeschäftliche Geltungsanordnung.

¹⁾ Protokolle, Bd. 1, S. 97.

²⁾ Siehe 3. Teil A. V., S. 72

Der Inhalt des Willens, der sich in der Scheinerklärung vollzieht, ist allerdings ein anderer als derjenige, der aus der Scheinerklärung ersichtlich ist. Insoweit kann man auch beim dissimulierten Geschäft mit Recht von einer Divergenz zwischen Wille und Erklärung sprechen. Der wirkliche Inhalt der verschlüsselten Geltungsanordnung weicht von dem äußerlich erkennbaren Inhalt ab.

III. Die in Frankreich herrschende Meinung, die im Scheingeschäft bzw. im dissimulierten Geschäft einen Vertrag sieht, der durch einen gleichzeitigen geheimen Gegenvertrag aufgehoben bzw. abgeändert wird¹⁾, macht zwar für die relative Simulation deutlich, daß die offene Erklärung Bestandteil des wirklich gewollten Rechtsgeschäftes ist. Vom Boden der Willenstheorie aus, zu der sich die französischen Juristen einmütig bekennen²⁾, kann dieser Auffassung jedoch nicht zugestimmt werden. Denn es erscheint logisch unmöglich, etwas zu wollen und es im gleichen Augenblick ganz oder auch nur teilweise nicht zu wollen.

Der in Italien zum Teil vertretenen Ansicht, das Wesen des simulierten und dissimulierten Geschäfts bestehe in einem Mangel der causa³⁾, kann für das deutsche Recht schon deshalb nicht gefolgt werden, weil sie nicht die Simulation einer abstrakten Rechtsübertragung zu erklären vermag.

B. Der Schutz gutgläubiger Dritter

I. In bezug auf den Schutz gutgläubiger Dritter besteht ein auffallender Gegensatz zwischen der deutschen und der französischen Regelung. Während die Verfasser des BGB es bewußt unterlassen haben, das Vertrauen Dritter auf die Gültigkeit des Scheingeschäfts durch eine besondere Vorschrift zu schützen⁴⁾, erklärt Art. 1321 C. c. — jedenfalls seinem Wortlaut nach — das Scheingeschäft jedem Dritten gegenüber für wirksam⁵⁾.

Weder die eine noch die andere Lösung erscheint jedoch befriedigend. Die deutsche Regelung führt dazu, daß in einigen, wenn auch nicht sehr zahlreichen Fällen, der gute Glaube des Dritten unverdientermaßen nicht geschützt wird. Art. 1321 C. c. schießt hingegen über das Ziel hinaus. Denn die Gläubiger des Scheinberechtigten sind gegenüber der Nichtigkeit des Scheingeschäfts gewiß nicht im gleichen Maße schutzwürdig wie derjenige, der den Gegenstand des Scheingeschäfts im guten Glauben vom Scheinberechtigten durch ein Rechtsgeschäft erworben hat. Die differenzierende Behandlung der Artt. 1415,

¹⁾ Siehe 2. Teil A. I., S. 33.

²⁾ Vgl. Ripert-Boulanger, Bd. 2, Nr. 135, 136; Carbonnier, Bd. 2, Nr. 99.

³⁾ Siehe 3. Teil A. VI., S. 73 ff.

⁴⁾ Siehe 1. Teil D. II. 2., S. 19.

⁵⁾ Siehe 2. Teil D. II. 1., S. 47 ff.

1416 des neuen italienischen Codice civile ¹⁾) erscheint demgegenüber als ein Fortschritt.

II. 1. Was den rechtsgeschäftlichen Erwerb betrifft, so ist folgendes zu sagen ²⁾). Jeder Dritte, der im Vertrauen auf die Gültigkeit des Scheingeschäfts und auf Grund eines entgeltlichen Rechtsgeschäfts erwirbt, ist gegen die Nichtigkeit des Scheingeschäfts zu schützen. Dies ist auch die Lösung des französischen und italienischen Rechts, die sogar dem unentgeltlichen Erwerber diesen Schutz angedeihen lassen ³⁾). Im deutschen Recht wird der rechtsgeschäftliche Erwerber zwar durch die allgemeinen Gutglaubensvorschriften in den meisten Fällen geschützt. Insbesondere ist im Gegensatz zum französischen und italienischen Recht der Gutglaubensschutz im Immobilienrecht ausreichend, um auch die Fälle des Scheingeschäfts befriedigend zu lösen ⁴⁾). Dennoch gibt es Fälle, in denen die allgemeinen Gutglaubensbestimmungen nicht ausreichen und der rechtsgeschäftliche Erwerber zu Unrecht schutzlos bleibt ⁵⁾).

In diesen Fällen dürfte trotz des Ausnahmecharakters der Vorschrift eine analoge Anwendung des § 405 BGB gerechtfertigt und geboten sein. Wer auf Grund dessen jedoch einen unentgeltlichen Erwerb gemacht hat, muß das Erlangte nach § 816 Abs. 1, Satz 2 BGB wieder herausgeben.

Den Schutz des guten Glaubens grundsätzlich auf schriftlich niedergelegte Scheingeschäfte zu beschränken ⁶⁾), besteht kein sachlicher Grund. Eine solche Unterscheidung zwischen schriftlich und mündlich abgeschlossenem Scheingeschäft ist weder dem französischen noch dem italienischen Recht bekannt ⁷⁾). Daß § 405 BGB demgegenüber eine Urkunde voraussetzt, erklärt sich ohne weiteres aus der Tatsache, daß der Fall eines mündlichen — von dem gutgläubigen Dritten unmittelbar wahrgenommenen — Scheingeschäfts so selten ist, daß er in der Praxis keine Rolle spielt. Deshalb dürften keine Bedenken bestehen, den Gedanken des § 405 BGB auch auf nur mündlich abgegebene Scheinerklärungen anzuwenden.

1) Siehe 3. Teil, D. II. 2., S. 84 ff.

2) Über die allgemeinen Voraussetzungen für den auf einen Rechtsschein gegründeten Rechtserwerb vgl. Naendrup, Begriff des Rechtscheins und Aufgabe der Rechtscheinsforschung, Münster 1910, S. 3 ff.

3) Siehe 2. Teil, D. II., S. 47 ff. und 3. Teil, D. II. 2., S. 84 ff.

4) An die Stelle des eigentlichen Scheingeschäfts tritt dabei allerdings die zum Schein vorgenommene Eintragung im Grundbuch, denn nach dem System des deutschen Liegenschaftsrechts ist nur das Vertrauen auf die Grundbucheintragung schutzwürdig.

5) Vgl. 1. Teil, D. II. 3., S. 20 ff.

Ebenso schutzwürdig wie der entgeltliche rechtsgeschäftliche Erwerber ist derjenige Dritte, der im Vertrauen auf ein Scheingeschäft, das ihn zu begünstigen scheint, einem der Simulanten für die vermeintliche Zuwendung eine Gegenleistung erbracht hat. Es handelt sich dabei insbesondere um den Fall, daß im Hinblick auf einen Vertrag zugunsten Dritter der Dritte dem Versprechensempfänger eine Gegenleistung erbracht hat.

6) So Flume, S. 412.

7) Siehe oben, S. 47 ff. und S. 84 ff. sowie den Wortlaut der Artt. 1415, 1416 C. c. it.

2. Der Rückgriff auf die Analogie zu § 405 BGB ist allerdings entbehrlich, wenn man sich der von Flume vertretenen Auffassung anschließt, daß das Scheingeschäft eine wirksame Verfügungsermächtigung enthalte¹⁾. Flume ist der Meinung, daß in der Scheinerklärung zugleich eine Ermächtigungserklärung liege, die den Scheinerwerber in die Lage setze, über das scheinbar erlangte Recht im eigenen Namen zu verfügen. Diese Ermächtigung werde von der Nichtigkeit des Scheingeschäfts nicht betroffen, da sie als Erklärung gegenüber dem Dritten eine Erklärung unter geheimem Vorbehalt darstelle und daher nach § 116 Satz 1 BGB gültig sei.

Die Konzeption Flumes hat zwar den Vorteil, denjenigen Teil der Scheinerklärung herauszuheben, der auch für Dritte, insbesondere für einen rechtsgeschäftlichen Erwerber, von unmittelbarem Interesse ist und deshalb gemäß § 182 Abs. 1 BGB auch gegenüber einem solchen Dritten wirksam erklärt werden kann. Dennoch dürfte dieser Auffassung nicht zu folgen sein. Es darf nicht übersehen werden, daß die Scheinerklärung und damit auch die darin enthaltene Ermächtigungserklärung ihrem Inhalte nach nicht an den Dritten, sondern an den Partner des Scheingeschäfts gerichtet ist²⁾, wie dies bereits aus der Begriffsbestimmung des § 117 BGB hervorgeht. Zwar soll häufig nach dem Willen der Parteien die Scheinerklärung bestimmten Dritten oder allgemein der Umwelt zur Kenntnis gebracht werden, aber diese Dritten werden durch die Erklärung nicht unmittelbar angesprochen und dürfen sich nach dem Inhalt der Erklärung auch nicht angesprochen fühlen. Der in § 116 Satz 1 BGB verwirklichte besonders weitgehende Vertrauensschutz aber fußt auf der durch die unmittelbare Anrede geschaffenen „Sonderbeziehung“ zwischen dem Erklärenden und dem Adressaten der Erklärung³⁾. Dies ergibt sich aus § 116 Satz 1 und 2 BGB, wo die Wirksamkeit einer unter geheimem Vorbehalt abgegebenen Willenserklärung ausschließlich davon abhängig gemacht wird, ob gerade der Adressat auf die Ernsthaftigkeit der Erklärung vertraut hat, ohne daß es in irgendeiner Weise auf die Kenntnis oder Unkenntnis Dritter ankäme.

3. „Gutgläubigkeit“ des Dritten ist entsprechend § 405 BGB dann gegeben, wenn er die Simulation weder kannte noch kennen mußte. Diese Gleichstellung von „Kennen“ und „Kennenmüssen“ steht im Gegensatz zum französischen und italienischen Recht, wo der gutgläubige Erwerb in der Regel nur durch die positive Kenntnis der Simulation ausgeschlossen wird⁴⁾. Bemerkenswert ist ferner, daß in § 405 BGB, wie es scheint, an die Sorgfalt des Erwerbers höhere An-

¹⁾ Siehe 1. Teil, D. II. 4., S. 23.

²⁾ Vgl. 3. Teil, D. II. 1., S. 84 Anm. 1.

³⁾ Manigk, Das rechtswirksame Verhalten, S. 207; ferner S. 199, 303, 311 unten.

⁴⁾ Siehe 2. Teil, D. II. 2., S. 48 sowie 3. Teil, D. II. 2.a. S. 84 f. Etwas anderes gilt im französischen Recht dann, wenn der gutgläubige Dritte mit einem anderen Dritten, der sich auf die wirkliche Rechtslage beruft, konkurriert, siehe oben 2. Teil, D. II. 4., S. 51 und 56.

forderungen gestellt werden als in § 932 BGB, wo nicht Fahrlässigkeit schlechthin, sondern nur grobe Fahrlässigkeit den gutgläubigen Erwerb unmöglich macht. Dies ist deshalb überraschend, weil der Eigentümer, der im Fall des § 932 BGB den Besitz der ihm gehörenden Sache zwar freiwillig, aber ohne jegliche böse Absicht einem anderen überlassen hat, schutzwürdiger erscheint als der Simulant, der bewußt einen falschen Schein geschaffen hat; es liegt daher näher, nicht im Fall des § 405 BGB, sondern im Fall des § 932 BGB zugunsten des wirklichen Berechtigten an den guten Glauben des Erwerbers höhere Anforderungen zu stellen. Zu ähnlichen Überlegungen führt ein Vergleich mit den Bestimmungen der §§ 892, 893 BGB.

Demgegenüber ist jedoch zu berücksichtigen, daß das Scheingeschäft, das fast stets in einer Urkunde festgehalten ist, einem Außenstehenden in aller Regel keinerlei Anhalt für die Annahme bietet, daß das Geschäft etwa nicht ernsthaft gewollt sei. Auch für einen gewissenhaften Menschen ist deshalb kein Grund zum Mißtrauen gegeben. Eine allgemeine Erkundigungspflicht in bezug auf die Ernsthaftigkeit eines zwischen zwei anderen Personen geschlossenen Rechtsgeschäfts kann daher nicht angenommen werden. Das aber bedeutet, daß dem Dritten nur dann fahrlässige Unkenntnis vorgeworfen werden kann, wenn die Nichternstlichkeit der abgegebenen Willenserklärungen für ihn offenkundig war oder zumindest die Möglichkeit der Nichternstlichkeit offen zu Tage lag ¹⁾. Eine solch minimale Sorgfaltspflicht aber kann dem Dritten zugemutet werden. Mit dieser Regelung wird vor allem auch der Schwierigkeit, die ganz im Subjektiven liegende Tatsache des „Kennens“ nachzuweisen, wirksam begegnet ²⁾.

III. Eine große Rolle spielt im französischen und italienischen Recht die Frage, ob ein Gläubiger des Scheinerwerbers wegen seiner Geldforderung in den zum Schein veräußerten Gegenstand wirksam vollstrecken kann. Während in Frankreich die Frage von Rechtsprechung und Lehre mit nur geringen Einschränkungen bejaht wird ³⁾, setzt Art. 1416 des Codice civile voraus, daß noch im Augenblick der Pfändung oder Beschlagnahme der Gläubiger auf das Scheingeschäft vertraut hat ⁴⁾.

Weder die französische noch die italienische Lösung vermag jedoch recht zu überzeugen. Für den Bereich des deutschen Rechts jedenfalls ist keiner dieser beiden Lösungen zuzustimmen. Der Gläubiger des Scheinberechtigten ist im Normalfall nicht darauf angewiesen, in den nur scheinbar erworbenen Gegenstand zu vollstrecken, sondern es stehen ihm noch andere Vermögensstücke zur Verfügung, und zwar solche, die seinem Schuldner wirklich gehören. Er erleidet also keinen

¹⁾ Vgl. Flume, S. 412, 844, 845.

²⁾ Flume, a. a. O.

³⁾ Siehe 2. Teil, D. II. 3., S. 49 f.

⁴⁾ Siehe 3. Teil, D. II. 2.b., S. 85 f.

Nachteil, wenn die Nichtigkeit des Scheingeschäfts ihn daran hindert, sich aus dem Gegenstand des Scheingeschäfts zu befriedigen. Schon deshalb ist es im Regelfall nicht gerechtfertigt, daß der Scheinveräußerer sein Eigentum oder sonstiges Recht zugunsten des Gläubigers des Scheinberechtigten verliert. Eine andere Meinung ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn man in dem Rechtsverlust des Scheinveräußerers eine verdiente Strafe dafür erblickte, daß der Scheinveräußerer zum Zwecke der Täuschung die Scheinerklärung abgegeben hat. In Frankreich ist diese Auffassung in der Tat vertreten worden ¹⁾. Eine derart schwerwiegende zivilrechtliche Strafe dürfte aber nicht angemessen sein, zumal das Scheingeschäft nicht immer unerlaubten Zwecken dient.

Wenn der scheinberechtigte Schuldner allerdings kein eigenes Vermögen hat, aus dem der Gläubiger sich befriedigen kann, dann bedeutet die Nichtigkeit des Scheinerwerbs für den Gläubiger einen Nachteil, denn sie hat zur Folge, daß er mit seiner Forderung überhaupt ausfällt. In einem solchen Fall ist aber zu beachten, daß nur selten ein Gläubiger gerade deshalb kontrahiert hat, weil er darauf vertraut hat, daß ein bestimmtes, von seinem Schuldner geschlossenes Rechtsgeschäft gültig sei. Selbst wenn also der Gläubiger einmal einen Ausfall erleidet, so wird doch im allgemeinen der Abschluß des Scheingeschäfts für diesen Schaden nicht ursächlich sein.

Liegt aber der seltene Fall vor, daß der Gläubiger wirklich nur im Vertrauen auf das Scheingeschäft kontrahiert hat, so muß man sich fragen, ob dieses Vertrauen schutzwürdig ist ²⁾. Diese Frage ist zu verneinen. Denn der Schuldner darf seine Vermögensgegenstände grundsätzlich frei veräußern. Die Gläubiger können also nicht fest damit rechnen, daß die Vermögensstücke des Schuldners im Augenblick der Vollstreckung tatsächlich für ihre Forderungen haften. Wer sicherstellen will, daß er sich aus einem bestimmten Vermögensobjekt seines Schuldners befriedigen kann, muß sich daran ein Pfandrecht oder eine Hypothek bestellen lassen ³⁾. Wenn die Simulanten den Gläubiger aber vorsätzlich getäuscht und geschädigt haben, so hat dieser

¹⁾ Esmein, Anmerkung zu Req. 20. 10. 1926, Sir., 1927, 1, 73.

²⁾ Diese Erwägung kann selbst de lege lata nicht durch den bloßen Hinweis abgeschnitten werden, daß nach deutschem Recht ein Gläubiger, der zur Befriedigung einer Geldforderung in Vermögensgegenstände nicht seines Schuldners, sondern eines Dritten vollstreckt, grundsätzlich in seinem guten Glauben nicht geschützt wird (§ 771 ZPO). Daß in besonders gelagerten Fällen durchaus ein Schutz des redlichen Vollstreckungsgläubigers in Betracht gezogen werden kann, zeigt ein Urteil des OLG München aus dem Jahre 1930 (HRR 1931, Nr. 142). In dieser Entscheidung wird eine von der Eigentümerin der gepfändeten Gegenstände angestrebte Drittwiderspruchsklage abgewiesen. Zur Begründung wird angeführt, die Klägerin habe bewußt dazu beigetragen, daß der Schuldner – der Ehemann der Klägerin – sich gegenüber seinen Gläubigern fälschlicherweise als Geschäftsinhaber und damit als Eigentümer der nunmehr gepfändeten Gegenstände ausgegeben habe. Aus diesem Grunde sei die Geltendmachung ihres Eigentumsrechts im Wege der Drittwiderspruchsklage mit dem Grundsatz von Treu und Glauben unvereinbar und der Klage könne deshalb nicht stattgegeben werden.

³⁾ Vgl. Messina, La simulazione assoluta, Scritti giuridici, Bd. 5, Mailand 1948, S. 90 (zitiert nach Distaso, S. 478 Anm. 2).

gegen den Scheinveräußerer, den wahren Eigentümer der Sache, einen Schadenersatzanspruch aus § 826 BGB ¹⁾).

Nun kann es allerdings vorkommen, daß der Gläubiger des Scheinberechtigten guten Glaubens die Vollstreckung in den Gegenstand des Scheingeschäfts abgeschlossen hat und der Scheinveräußerer ihm eines Tages den Erlös der Zwangsversteigerung mittels einer Bereicherungsklage streitig macht. In einem solchen Fall kann der Gläubiger dadurch geschädigt sein, daß er im Vertrauen auf das Scheingeschäft und damit auf die Unangreifbarkeit der Zwangsvollstreckung es unterlassen hat, sich rechtzeitig aus anderen Vermögensgegenständen seines Schuldners zu befriedigen. Hat die Vollstreckung in das Objekt des Scheingeschäfts auf diese Art und Weise einen Verlust der Befriedigungsmöglichkeit bewirkt, so ist dieser Schaden jedoch bei der Berechnung der herauszugebenden Bereicherung zu berücksichtigen und führt auf diesem Wege zum Wegfall der Bereicherung ²⁾. Nach § 818 Abs. 3 BGB entfällt damit der Anspruch, den der Scheinveräußerer gegen den Gläubiger des Scheinerwerbers geltend macht, so daß der Gläubiger keines weiteren Schutzes bedarf.

Im Gegensatz zu der Rechtsauffassung, die in der französischen und auch in der italienischen Regelung zum Ausdruck kommt, erscheint es also in keinem Falle geboten, den Gläubigern des Scheinberechtigten die wirksame Vollstreckung in den zum Schein veräußerten Gegenstand zu gestatten ³⁾.

IV. Entsteht ein Konflikt zwischen einem Einzelrechtsnachfolger oder einem Gläubiger des Scheinveräußerers und einem

¹⁾ Wenn der Scheinveräußerer nach § 826 BGB zum Schadenersatz verpflichtet ist, so ist die Situation vergleichbar mit denjenigen Fällen, in denen der Widerspruchskläger für die dem Vollstreckungstitel zugrundeliegende Forderung schuldrechtlich mithaftet (etwa als Bürge oder als Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft). Für diese Fälle aber hat der BGH sogar die Möglichkeit offen gelassen, daß gegenüber der Drittwiderspruchsklage der Einwand der Arglist durchgreife, BGH LM, § 771 ZPO, Nr. 2. Eindeutig in diesem Sinne: Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961, § 185 III 9 c. Vgl. auch die bereits zitierte Entscheidung des OLG München in HRR 1931, Nr. 142.

²⁾ Nach der Rechtsprechung des RG und des BGH sind vom Wert des Erlangten diejenigen Nachteile abzuziehen, die mit dem Vorgang, der die Bereicherung bewirkt hat, in ursächlichem Zusammenhang stehen (RGZ 106, 4, 7; 141, 312; BGHZ 1, 81). Der Verlust der Befriedigungsmöglichkeit, den der Bereicherte in dem hier erörterten Fall erleidet, steht mit der Vollstreckung in den Gegenstand des Scheingeschäfts in einem solchen ursächlichen Zusammenhang.

Nach einer von Flume entwickelten Auffassung können Nachteile, die im Vermögen des Bereicherten eingetreten sind, nur dann zum Wegfall der Bereicherung führen, wenn diese Nachteile ausschließlich durch die Bereicherung, nicht aber durch eine eigene „vermögensmäßige“ Entscheidung des Bereicherten verursacht worden sind (Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 101 ff., 154, 155). Auch diese engeren Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Denn der Gläubiger hat nur deshalb auf weitere Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner verzichtet, weil er auf die Rechtsbeständigkeit der durchgeführten Zwangsvollstreckung vertraut hat. Der eingetretene Vermögensnachteil ist daher lediglich durch den sine-causa-Erwerb, nicht aber durch eine persönliche, von der causa des Erwerbs unbeeinflusste Entscheidung des Bereicherten verursacht worden (vgl. Flume, a. a. O., S. 156, Nr. 6; ferner Wilburg, Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht, Graz 1934, S. 159 ff., 161).

³⁾ Im Ergebnis ebenso: Flume, S. 412 oben.

gutgläubigen Einzelrechtsnachfolger des Scheinerwerbers, so ist — soweit nicht anderweitige Vorschriften über den Gutgläubenschutz eingreifen (z. B. § 932 BGB) — derjenige der beiden Konkurrenten vorzuziehen, der den Rechtserwerb als erster vollendet hat ¹⁾).

Die Lösung eines solchen Interessenkonflikts wird komplizierter und schwieriger, wenn man die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs entgegen der hier vertretenen Ansicht auch den Gläubigern des Scheinerwerbers einräumt. Denn wer die Gläubiger des Scheinberechtigten für schutzwürdig erachtet, muß dennoch der Tatsache Rechnung tragen, daß ein solcher Gläubiger jedenfalls nicht im gleichen Maße des Schutzes bedarf wie ein rechtsgeschäftlicher Erwerber und daher diesem nicht einfach gleichgestellt werden kann ²⁾). Dies wird auch in der Regelung des Art. 1416 C. c. it. sichtbar: Der dem Gläubiger des Scheinberechtigten in der Zwangsvollstreckung gewährte Gutgläubenschutz wird durchbrochen, wenn ein Gläubiger des Scheinveräußerers, dessen Forderung bereits vor Abschluß des Scheingeschäfts entstanden war, sich auf die wahre Rechtslage beruft ³⁾).

C. Die Abgrenzung vom fiduziarischen Rechtsgeschäft

Das Problem der Abgrenzung des Scheingeschäfts und dissimulierten Geschäfts vom fiduziarischen Rechtsgeschäft kann noch nicht als gelöst betrachtet werden. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf folgende Beobachtungen.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft als ein vom simulierten und dissimulierten Geschäft zu unterscheidender Begriff ist dem französischen Recht gänzlich unbekannt. Die im deutschen Recht als typische Treuhandfälle bekannten Tatbestände werden als Fälle der Simulation behandelt ⁴⁾. In Italien ist das fiduziarische Geschäft zwar von der Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen als eine selbständige Rechtsfigur anerkannt worden ⁵⁾. Es ist aber schwer, sich den Argumenten zu verschließen, mit denen die Zulässigkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäfts für das italienische Recht bestritten wird ⁶⁾; denn das italienische Recht kennt nur kausale Rechtsübertragungen, der Treuhandzweck erscheint aber mit der spezifischen causa jedes denkbaren kausalen Übertragungsgeschäfts unvereinbar. Schließlich ist zu erwähnen, daß die Drittwiderspruchsklage und das Aussonderungsrecht, die dem Treugeber gegen die Gläubiger des Treunehmers zuge-

¹⁾ Vgl. oben 2. Teil, D. II. 4., S. 53, 55, 57 und 3. Teil, D. II. 2. a, S. 85.

²⁾ Vgl. dazu die Ausführungen unter III., S. 101 ff.

³⁾ Siehe oben 3. Teil, D. II. 2. b, S. 86.

⁴⁾ Siehe 2. Teil, E. I., S. 57 ff.

⁵⁾ Siehe 3. Teil, E. I. 1., S. 87.

⁶⁾ Siehe 3. Teil, E. I. 2., S. 87.

standen werden, eine Regelwidrigkeit darstellen, für die eine überzeugende dogmatische Erklärung nicht zu finden ist ¹⁾).

Das Problem der Abgrenzung des Scheingeschäfts vom fiduziarischen Geschäft berührt die Frage, inwieweit der Geschäftswille auf den wirtschaftlichen Erfolg und inwieweit er auf die Rechtsfolgen gerichtet sein muß. Dieselbe Frage stellt sich auch bei der Abgrenzung des Scheingeschäfts von der mittelbaren Stellvertretung und von der Gesetzesumgehung. Es wäre vermessen, allein auf Grund der in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse dieses sehr schwierige und bereits vieldiskutierte ²⁾ Problem lösen zu wollen. Deshalb sei es gestattet, die Erörterung dieses Themas mit zwei kurzen Hinweisen abzuschließen.

Für die Frage, inwieweit der Geschäftswille sich auf den wirtschaftlichen Erfolg und inwieweit er sich auf die Rechtsfolgen beziehen muß, verdient sicherlich die neue, hauptsächlich von Betti vertretene und in Italien bereits verbreitete Rechtsgeschäftstheorie Beachtung. Diese sog. objektive Theorie verneint, daß das Rechtsgeschäft einen auf die Rechtsfolgen gerichteten Willen enthalte ³⁾.

Vor allem aber sei noch einmal an die verhältnismäßig wenig beachteten, aber sehr scharfsinnigen und in vielen Punkten überzeugenden Darlegungen von Wilhelm Fuchs erinnert ⁴⁾, in denen das hier angeschnittene Problem ausführlich behandelt wird, wobei Fuchs allerdings zu einem der herrschenden Meinung entgegengesetzten Ergebnis gelangt.

¹⁾ Vgl. 1. Teil, E. I. 3., S. 26 f.

²⁾ Literaturnachweise bei Enneccerus-Nipperdey, 2. Halbbd., § 145 Fußnote 4.

³⁾ Betti, *Teoria generale*, S. 51 — 52, 53 ff., 84 — 86. Siehe oben 3. Teil, A. VI. 1., S. 73.

⁴⁾ Insbesondere die Abhandlung „Scheinhandel“, Göttingen 1918. Ferner: Pseudonyme Rechtsgeschäfte, AcP 115, S. 84.

LEBENS LAUF

Am 21. September 1939 wurde ich in Erfurt als Sohn des damaligen Postassessors Dr. jur. Heinz Fickel und seiner Ehefrau Wiltrud, geb. Grötzner, geboren.

Die Volksschule besuchte ich in Untermaßfeld bei Meiningen (Thüringen) und später in Darmstadt. Dort kam ich im Jahre 1950 auf das humanistische Ludwig-Georgs-Gymnasium.

Infolge beruflicher Veränderung meines Vaters verlegte die Familie im Jahre 1955 ihren Wohnsitz nach Genf (Schweiz). Hier setzte ich meine Schulausbildung im humanistischen Zweig des Collège de Genève fort. Unterrichtssprache war Französisch. Im Juni 1958 legte ich in Genf die Reifeprüfung (maturité) ab. Hieran schloß sich eine deutsche, zur Anerkennung des Schweizer Reifezeugnisses erforderliche Ergänzungsprüfung an.

Im Wintersemester 1958/59 begann ich in Freiburg i. Br. das Studium der Rechtswissenschaft, das ich im Jahre 1960 in Bonn fortsetzte. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 18. Mai 1963 beim Oberlandesgericht in Köln. Seit August 1963 bin ich in Nordrhein-Westfalen als Referendar im juristischen Vorbereitungsdienst tätig.

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahre 1966 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. als Dissertation angenommen. Tag der mündlichen Prüfung war der 26. Juli 1966.

Hartmut Fickel

